

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ARBITRAL DE

MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR

contra

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Bogotá D.C., 15 de septiembre de 2020

TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 15 de septiembre de 2020

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 y el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante el “Reglamento”) para la debida instrucción del trámite arbitral y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal profiere en derecho y por unanimidad el laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre la señora **María Patricia Asmar Amador**, como convocante y demandada en reconvención, y **Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu–**, como convocada y demandante en reconvención, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de Consultoría

María Patricia Asmar Amador y la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano – UNINPAHU–, suscribieron el 1º de junio de 2014, el contrato denominado “*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE CONSULTORÍA ENTRE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU– Y MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR*” (en adelante el “Contrato”), que obra en el expediente¹, cuyo objeto, de conformidad con su cláusula primera, consistió en:

“CLÁUSULA 1. OBJETO. *La CONTRATISTA prestará los servicios profesionales como consultora en dos etapas, originándose la segunda solo de cumplirse los términos de la primera etapa, a saber:*

“I. GESTIÓN CONVENIO SENA-UNINPAHU: *Asesorar a UNINPAHU en la gestión de acercamiento con las instancias pertinentes del Sena Regional Bogotá, con el fin de que UNINPAHU y SENA conozcan las oportunidades de Alianza para ambas instituciones, en particular lo que se refiere al análisis de posibles descuentos para miembros de la comunidad SENA al cursar programas universitarios de UNINPAHU, logrando así que los egresados de programas tecnológicos del SENA continúen su proceso de formación universitaria en UNINPAHU; gestión que se entenderá por realizada en el momento de la suscripción de un Convenio de Alianza entre UNINPAHU y el SENA.*

“II. AMPLIACIÓN DE COBERTURA DE UNINPAHU: *Fortalecer la estrategia de ampliación de cobertura de UNINPAHU, por medio de la*

¹ Folios No. 17 a 23 del cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

orientación en la implementación y ejecución de un programa de articulación en cadena de formación de los programas tecnológicos del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- con los programas universitarios de UNINPAHU”.

Las partes celebraron el 5 de octubre de 2015, el Otrosí No. 1 al Contrato, mediante el cual se modificó la cláusula cuarta del Contrato. Otrosí No. 1 que obra en el expediente².

2. El pacto arbitral

El pacto arbitral invocado y respecto del cual se ha adelantado este proceso arbitral se encuentra contenido en las cláusulas décima y décima tercera del Contrato, a través de las cuales expresamente se dispuso:

“CLÁUSULA 10. CLÁUSULA COMPROMISORIA: *Las partes se comprometen a resolver en forma amistosa y directa las diferencias que surjan durante la relación contractual en su gestión académica o liquidación. En caso de que dichas diferencias no se puedan arreglar por este medio, en un término no mayor a 20 días calendario la controversia o diferencia relativas a este convenio y su ejecución se llevarán ante un tribunal de arbitramento legalmente establecido en la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá, quién decidirá en derecho y su funcionamiento se sujetará al reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá”.*

“CLÁUSULA 13. RESPONSABILIDAD Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: *Cualquier diferencia que surja en razón de la interpretación, ejecución, terminación anticipada o liquidación del presente contrato, será resuelta por cualquier medio alternativo de solución de conflictos previsto en la ley; de no ser posible, se acudirá a un Tribunal de Arbitramento con designación de árbitros de las listas que para tales efectos lleva la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.”*

3. Partes procesales

3.1 Parte convocante

La parte convocante en el presente proceso arbitral es la persona natural María Patricia Asmar Amador, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., e identificada con la cédula de ciudadanía No. 51'732.659.

En el presente proceso arbitral, la convocante se encuentra representada judicialmente por el doctor Fernando Alberto Madero Morales, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 28.943 del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el poder que obra en el expediente y a quien el Tribunal le reconoció personería.

² Folios No. 24 y 25 del cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

3.2 Parte convocada

La parte convocada en el presente proceso arbitral es la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu–, institución de educación superior, privada, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., con personería jurídica reconocida mediante Resolución No. 16.971 del 9 de octubre de 1981 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, identificada tributariamente con NIT 860.504.360-0, representada legalmente por el señor Diego Fernando Buitrago Navarro, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula No. 80'240.940, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por el Ministerio de Educación Nacional que obra en el expediente, y que fue aportado por ambas partes³.

En el presente proceso arbitral, la parte convocada se encuentra representada judicialmente por el doctor Wilson Castro Manrique, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 128.694 del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el poder que obra en el expediente y a quien el Tribunal le reconoció personería.

4. Trámite del Proceso

4.1 La demanda inicial

El 10 de octubre de 2018, la parte convocante presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá⁴.

4.2 Nombramiento del árbitro único

Mediante sorteo público de árbitros llevado a cabo el 18 de octubre de 2018, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá designó como Árbitro principal para integrar este Tribunal al doctor José Francisco Mafla.

Por conducto del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Árbitro designado fue notificado de su designación y él mismo manifestó su aceptación oportunamente y cumplió con el deber de información en los términos de Ley y del Reglamento, circunstancias informadas igualmente a las partes; sin manifestación alguna de ellas respecto de la aceptación del Árbitro ni de su deber de información.

4.3 Instalación del Tribunal Arbitral y notificación de la demanda inicial

³ Folios No. 23 y 66 del cuaderno de pruebas No. 1

⁴ Folios No. 03 a 24 del cuaderno principal No. 1

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 10 de diciembre de 2018 y mediante autos Nos. 1 y 2 se designó como Secretario al doctor Daniel Villarroel Barrera, miembro de la lista de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien tomó posteriormente posesión de su cargo ante el Tribunal y surtió el deber de información en los términos de Ley y del Reglamento. Asimismo, en esa providencia se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la calle 76 número 11 – 52 de la ciudad de Bogotá, se reconoció personería al apoderado de la parte convocante, y se admitió la demanda inicial⁵, sin manifestación alguna de las partes respecto de la aceptación del Secretario ni de su deber de información.

La admisión de la demanda inicial fue debidamente notificada a la parte convocada, de conformidad con las siguientes actuaciones:

- a. El apoderado de la parte convocante remitió a la parte convocada el 18 de enero de 2019, comunicación en los términos del artículo 291 del Código General del Proceso, para efectos de notificación personal, adjuntando constancia de entrega a través de memorial de 30 de enero de 2019⁶.
- b. La parte convocada no compareció para efectos de notificarse personalmente, razón por la cual, el apoderado de la parte convocante remitió a la parte convocada el aviso de notificación previsto en el artículo 292 del Código General del Proceso, y el 6 de febrero de 2019 radicó constancia de la entrega del recibo del aviso a la parte convocada, en los términos del artículo 292 del Código General del Proceso⁷.
- c. El aviso fue recibido por la parte convocada el 4 de febrero de 2019, con lo cual se surtió la notificación a la convocada en los términos del artículo 292 del Código General del Proceso.
- d. El 11 de febrero de 2019, el apoderado de la parte convocada se acercó a la secretaría del Tribunal y recibió las copias de la demanda inicial y sus anexos, así como copia del auto admisorio, tal como se evidencia en la constancia de recibo que obra en el expediente,⁸ y allegó certificado de existencia y representación de la parte convocada y poder judicial.

⁵ Folios No. 53 a 55 del cuaderno principal No. 1

⁶ Folios No. 66 y 67 del cuaderno principal No. 1

⁷ Folios No. 68 y 69 del cuaderno principal No. 1

⁸ Folios No. 70 a 73 del cuaderno principal No. 1

- e. El 13 de febrero de 2019, el apoderado de la parte convocada, de manera oportuna, interpuso recurso de reposición en contra del auto admisorio. De dicho recurso se corrió traslado el 14 de febrero de 2019 por el término de tres días, durante el cual se pronunció el apoderado de la parte convocante, a través de memorial radicado el 15 de febrero de 2019⁹.
- f. El recurso de reposición fue debidamente resuelto por el Tribunal mediante el auto No. 3 de 25 de febrero de 2019¹⁰, por medio del cual se confirmó la admisión de la demanda inicial y se reconoció personería al apoderado de la parte convocada.

4.4 Contestación a la demanda inicial y demanda de reconvención

El 26 de marzo de 2019, la parte convocada contestó en tiempo la demanda inicial, formuló excepciones de mérito, formuló objeción del juramento estimatorio de la demanda inicial y solicitó pruebas¹¹.

El mismo 26 de marzo 2019, la parte convocada presentó demanda de reconvención¹².

4.5 Tribunal Arbitral como uno de mayor cuantía

El 5 de abril de 2019, el Tribunal Arbitral integrado por el doctor José Francisco Mafla, profirió el auto No. 4, mediante el cual resolvió remitir el proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que procediera a la designación e integración del Tribunal Arbitral como uno de mayor cuantía, con ocasión de la cuantía indicada en la demanda de reconvención, correspondiente a la suma de \$393'491.888¹³. Dicha decisión no fue controvertida por las partes.

En cumplimiento de lo anterior, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá llevó a cabo sorteo público el 30 de mayo de 2019 para la designación de Árbitros, en virtud del cual se designó como Árbitros principales a los doctores **Santiago Jaramillo Villamizar, Mauricio Fajardo Gómez y Santiago Rojas Arroyo**, y como Árbitros suplentes a los doctores **César Julio Valencia Copete, Alejandro Venegas Franco y Juan Pablo Pinzón Londoño**. El doctor **Santiago Rojas Arroyo** no aceptó su designación, razón por la cual el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá comunicó su designación al doctor **César Julio Valencia Copete**. Los Árbitros **Santiago Jaramillo Villamizar, Mauricio Fajardo Gómez y César Julio Valencia Copete** aceptaron su designación y cumplieron con el deber de información en

⁹ Folios No. 74 a 91 del cuaderno principal No. 1

¹⁰ Folios No. 92 a 99 del cuaderno principal No. 1

¹¹ Folios No. 106 a 121 del cuaderno principal No. 1

¹² Folios No. 100 a 105 del cuaderno principal No. 1

¹³ Folios No. 122 y 123 del cuaderno principal No. 1

los términos de Ley y del Reglamento; sin manifestación alguna de las partes respecto de la aceptación de los Árbitros y de su deber de información¹⁴.

4.6 Reintegración del Tribunal Arbitral

El Tribunal se declaró legalmente reintegrado por los Árbitros **Santiago Jaramillo Villamizar, Mauricio Fajardo Gómez y César Julio Valencia Copete** en audiencia celebrada el 15 de agosto de 2019. En la misma audiencia se ratificó como Secretario al doctor **Daniel Villarroel Barrera**, miembro de la lista de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá quien aceptó la ratificación y surtió nuevamente el deber de información en los términos de Ley y del Reglamento. Dicha decisión no fue controvertida por las partes¹⁵.

4.7 Admisión de la demanda de reconvención y su contestación

El 4 de septiembre de 2019, mediante auto No. 6, el Tribunal Arbitral admitió la demanda de reconvención¹⁶. Dicha decisión no fue controvertida por las partes. La admisión de la demanda de reconvención fue debidamente notificada a la parte convocante¹⁷.

El 4 de octubre de 2019, la parte convocante contestó en tiempo la demanda de reconvención, formuló excepciones de mérito y solicitó pruebas¹⁸.

El Tribunal Arbitral, mediante auto No. 7 de 22 de octubre de 2019, resolvió tener por contestada tanto la demanda inicial como la demanda de reconvención, y dio traslado de las excepciones de mérito propuestas en relación con la demanda inicial y en relación con la demanda de reconvención. A través de esa misma providencia, se dio traslado de la denominada por la convocada objeción al juramento estimatorio, presentada en el escrito de contestación a la demanda inicial¹⁹. Dicha decisión no fue controvertida por las partes.

El 28 de octubre de 2019, el apoderado de la parte convocante describió el traslado de la denominada por la parte convocada objeción al juramento estimatorio²⁰.

El mismo 28 de octubre de 2019, el apoderado de la parte convocante describió el traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda inicial, mediante la cual solicitó el decreto de pruebas, aportó unos documentos y un dictamen pericial²¹.

¹⁴ Folios No. 128 a 161 del cuaderno principal No. 1

¹⁵ Folios No. 169 y 170 del cuaderno principal No. 1

¹⁶ Folios No. 182 y 183 del cuaderno principal No. 1

¹⁷ Folios No. 184 a 190 del cuaderno principal No. 1

¹⁸ Folios No. 01 a 80 del cuaderno principal No. 2

¹⁹ Folios No. 82 a 90 del cuaderno principal No. 2

²⁰ Folios No. 91 y 92 del cuaderno principal No. 2

²¹ Folios No. 93 a 96 del cuaderno principal No. 2

El 30 de octubre de 2019, el apoderado de la parte convocada describió el traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda de reconvención, oportunidad en la cual solicitó el decreto de pruebas y anunció la aportación de un dictamen pericial²².

4.8 Audiencia de fijación de honorarios

El 25 de noviembre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de fijación de honorarios prevista en el artículo 2.36 del Reglamento, en la medida en que las partes no solicitaron al Tribunal la audiencia de conciliación, razón por la cual, el Tribunal, a través del auto No. 10, procedió a fijar las sumas por concepto de honorarios de los Árbitros y del Secretario, así como el monto correspondiente a gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación y otros gastos, a cargo de las partes, aunque previamente, durante dicha audiencia del 25 de noviembre de 2019, el Tribunal de manera oficiosa, invitó a explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio sin que al respecto se hubiere podido obtener un resultado favorable²³.

Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá fueron pagados en forma oportuna y en su totalidad por la parte convocante, ante el no pago de la parte convocada, en los términos del auto No. 10 y el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 (por remisión expresa del artículo 2.38 del Reglamento). Por lo anterior, se encuentran pagados oportunamente los honorarios y gastos del presente proceso arbitral.

4.9 Primera audiencia de trámite

El 28 de enero de 2020 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, durante cuyo desarrollo el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho el presente proceso arbitral, sin objeción, inconformidad o recurso por alguna de las partes.

En esta misma audiencia, siguiendo lo previsto en la Ley y en el Reglamento, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por la parte convocante en la demanda inicial, en la contestación a la demanda de reconvención y en los pronunciamientos mediante los cuales describió el traslado de las excepciones de mérito a la demanda inicial y de la objeción al juramento estimatorio y las solicitadas por la parte convocada en la contestación a la demanda inicial, en la demanda de reconvención y en el pronunciamiento mediante el cual se describió el traslado de las excepciones de mérito a la demanda de reconvención.

²² Folios No. 93 a 96 del cuaderno principal No. 2

²³ Folios No. 126 a 130 del cuaderno principal No.2

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

5. Las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje

5.1 Las pretensiones de la demanda inicial y los hechos en que se fundamentan

5.1.1 Pretensiones de la demanda inicial

Las pretensiones de la convocante fueron formuladas en su libelo demandatorio, encontrándose contenidas en el denominado acápite de pretensiones de la demanda inicial, así:

“PRETENSIONES

“Respetuosamente LA CONVOCANTE solicita al Honorable Tribunal de Arbitramento, despachar en el Laudo correspondiente, conforme a derecho las siguientes peticiones:

“4.1.- DECLARAR que entre MARIA PATRICIA ASMAR AMADOR de una parte y la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU de la otra parte, existió contrato de prestación de servicios profesionales de consultoría, desde el 1 de junio de 2014 al 31 de diciembre de 2018.

“4.2.- DECLARAR que MARIA PATRICIA ASMAR AMADOR cumplió cabalmente con el objeto del contrato y sus obligaciones como contratista previstas en las cláusulas 1 y 2 del citado convenio.

“4.3.- DECLARAR que la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU terminó de manera unilateral y de forma ilegal el contrato de prestación de servicios profesionales de consultoría, a partir del 5 de junio de 2018.

“4.4. DECLARAR que la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU está obligada a cancelar a mi mandante MARIA PATRICIA ASMAR AMADOR las sumas de dinero causadas y no pagadas a título de comisión, correspondiente al segundo semestre de 2017, pagaderas en el primer semestre de 2.108 (sic), y que según tasación pericial corresponden a un valor de \$47.831.578.00 M/cte.

“4.5.- DECLARAR que la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU debe pagar una indemnización equitativa de perjuicios materiales como lucro cesante, teniendo en cuenta la extensión, importancia y volumen de alumnos matriculados o a matricular durante el primer y segundo semestre del año 2018, que debieron ser pagados durante el segundo semestre de 2018 y primer semestre de 2019, respectivamente.

“4.6.- CONDENAR a la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU a pagar a MARIA PATRICIA ASMAR AMADOR, a la ejecutoria del laudo arbitral la suma de dinero que a título de comisiones fueron causadas y no pagadas por la citada fundación, correspondiente al segundo semestre de 2017 que debieron ser canceladas

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

durante el primer semestre de 2.018 y que como justa tasación pericial corresponden a la suma de \$47.831.578.00 M/cte.

“4.7.- CONDENAR a la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU a pagar a MARIA PATRICIA ASMAR AMADOR la suma de \$98.862.729.00 M/cte., correspondiente a la indemnización equitativa de perjuicios materiales-lucro cesante, según tasación pericial, correspondientes comisiones de los periodos contractuales del primer y segundo semestre de 2018, no ejecutados por causa imputable a la demandada, las cuales debieron ser canceladas durante el segundo semestre de 2018 y primer semestre de 2019, respectivamente.

“4.8.- CONDENAR a la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU a pagar a MARIA PATRICIA ASMAR AMADOR, los intereses legales moratorios a la tasa máxima legal permitida que correspondan sobre las comisiones causadas y no pagadas del segundo semestre de 2017, que debieron ser canceladas en el primer semestre de 2018.

“4.9.- CONDENAR a la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU a pagar a MARIA PATRICIA ASMAR AMADOR, la corrección monetaria sobre las sumas de dinero a que se contraiga el laudo condenatorio.

“4.10.- CONDENAR a la FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNINPAHU a pagar a MARIA PATRICIA ASMAR AMADOR, a la ejecutoria del laudo arbitral las costas y gastos del presente proceso”.

5.1.2 Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda inicial

Los hechos expuestos como fundamento de las pretensiones de la demanda inicial, se sintetizan de la siguiente manera:

Al inicio del acápite de hechos de la demanda, se relatan unos aspectos relacionados con el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA– (en adelante el “SENA”); que el SENA ofrece el programa de cadena de formación, cuyo propósito es el de facilitar que los egresados de nivel técnico y tecnológico de dicha entidad continúen sus estudios de formación a nivel profesional universitario, a partir de la homologación de las competencias con instituciones de educación superior (IES); que el SENA cuenta con un número importante de convenios de cadena de formación de sus egresados; que generalmente, para implementar el programa de cadena de formación con las instituciones de educación superior, se requiere de dos etapas, una primera etapa de gestión para suscribir el convenio con el SENA, y una segunda etapa de gestión para la ampliación de cobertura al interior de cada institución de educación superior; que para el primer semestre de 2014, la convocada no contaba con una estrategia curricular ni promocional, dirigida a ampliar su cobertura mediante el programa de cadena de formación en alianza con el SENA, “*al punto que solo 45 egresados de la tecnología en gestión documental del SENA continuaron sus estudios*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

de profesionalización en la fundación demandada”, de conformidad con el informe de la doctora Lilia Cárdenas.

Se señala en la demanda inicial, que al haber identificado la convocante la necesidad de la convocada de ampliar la cobertura y la oportunidad de hacerlo con los estudiantes del Sena, la convocante remitió oferta técnica a la parte convocada en mayo de 2014, respecto de procesos de ampliación de cobertura con el SENA y articulación de programas académicos entre Uninpahu y el SENA, con el fin de que los egresados del SENA pudieran continuar su ciclo de profesionalización en la convocada. Asimismo, se indica que la oferta buscaba establecer una articulación entre los programas del SENA y la convocada, con el fin de ampliar la cobertura con un aumento de matrículas en un primer período de hasta un diez por ciento (10%) y hasta en un treinta por ciento (30%) anual acumulado entre 2016 y 2018, con la participación de los programas académicos de Administración de Empresas, Ciencia de la Información y Bibliotecología, Ingeniería de Software y Comunicación Social de la convocada.

Se indica igualmente en los hechos de la demanda inicial, que las partes celebraron el Contrato, con el fin de lograr la suscripción del convenio de cadena de formación entre el SENA y Uninpahu, la promoción de dicho convenio en los Centros de Formación del SENA como la gestión del mismo; y que el objeto del Contrato comprendió dos etapas, la primera correspondiente a la gestión del convenio entre el SENA y Uninpahu, y la segunda a la ampliación de la cobertura de Uninpahu.

Que como contraprestación por los servicios de la convocante, de conformidad con el hecho 6.05 *“En lugar de honorarios, UNINPAHU acordó cancelar a la contratista una comisión por grupo constituido de 33 estudiantes, por cada semestre en que se matriculen, durante los 4 años de vigencia del contrato, de acuerdo con los criterios establecidos de viabilidad financiera. La comisión establecida fue del 7% en 2015 y del 6% desde enero de 2016 a diciembre de 2018, según otrosí del 5 de octubre de 2015”*.

Se indica en los hechos de la demanda inicial (hecho 6.10), que la convocante *“entre los años 2014 a 2018 llevó a cabo el cumplimiento fiel de cada una de sus obligaciones para cada etapa del objeto del contrato, pudiéndose concretar de la siguiente forma:*

“6.10.1 Gestión del convenio SENA - UNINPAHU, que se concretó en la suscripción de dos convenios interinstitucionales (Octubre 2014 y Mayo 2017) entre las partes con el objeto de “Propiciar la movilidad académica de los egresados SENA mediante la definición de un sistema de equivalencias y/o reconocimiento de contenidos académicos de forma gratuita, el aprendizaje e investigación permanente en ambas vías, otorgando la posibilidad a los técnicos y tecnólogos egresados del SENA, de continuar al ciclo de Educación

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Superior en las carreras de pregrado que oferta la INSTITUCIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO - UNINPAHU".

"6.10.2.- En cuanto a la segunda etapa la contratista lideró los procesos de homologación de programas tecnológicos y técnicos del SENA con las universitarios de UNINPAHU, articulando las dos instituciones y sus equipos para este efecto, con la anuencia y compromiso de la alta gerencia de UNINPAHU.

"Como resultado de lo anterior, UNINPAHU logró gestionar la homologación de 29 programas del SENA con 3 de sus programas universitarios y dos programas tecnológicos de UNINPAHU, como da cuenta las actas de homologación que se anexan a esta demanda, proceso en el que participaron activamente decanos y personal académico de los programas universitarios articulados, en su calidad de expertos académicos en sus respectivas áreas de conocimiento".

La convocante manifiesta que presentó seis informes semestrales durante los años 2014 y 2017 junto con sus cuentas de cobro, informes que, agrega la convocante, fueron avalados por la profesional Sandra González, funcionaria de Uninpahu e interventora del Contrato. Asimismo, señala que Uninpahu efectuó a la convocante seis pagos, correspondientes a un total por la suma de \$224'790.239, de conformidad con la tabla que insertó en el hecho 6.12 de la demanda inicial, e indicó adicionalmente que *"los pagos se realizaron oportunamente y de acuerdo con los criterios establecidos en la Cláusula 4"*.

Señala la convocante, que durante el primer semestre de 2018 se produjo un cambio imprevisto en la relación contractual de las partes; que la convocada incumplió el Contrato, y a pesar de los requerimientos de la convocante para avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales no obtuvo respuesta por la convocada, por lo cual convocó a una conciliación extrajudicial que no derivó en acuerdo alguno entre las partes, sustentada en que la convocada no realizó la liquidación de los alumnos matriculados en el primer periodo académico de 2018, no canceló la comisión adeudada por los alumnos matriculados durante el segundo semestre de 2017, desconoció el plazo de pago previsto en la cláusula quinta del Contrato, e impidió que la convocante *"cumpliera con sus obligaciones de continuar la ejecución del contrato al no suministrarle información, materiales y medios indispensables para el cumplimiento del mismo durante el año 2018"*.

Adicionalmente, indicó que la convocada a través de comunicación calendada el 5 de junio de 2018, acogándose a la cláusula séptima del Contrato, terminó *"de forma ilegal el mismo, aduciendo motivos inexistentes, irreales, ilógicos y no aplicable a la luz de la ley de los contratos"*. En relación con la terminación, se manifestó en la demanda inicial, entre otros, que las obligaciones y términos del Contrato, redactado a instancias de Uninpahu, eran tan claros que el Contrato se ejecutó por un término superior a tres años, se presentaron los informes previos al pago junto con el visto bueno de la interventora del Contrato; que no es claro ni legal sostener (i) que hubo un enriquecimiento sin justa causa

por la convocante, cuando existe el Contrato que es ley para las partes y fuente de obligaciones durante el término de su vigencia, tampoco (ii) que hubo desequilibrio económico del Contrato, dado que el mismo benefició a la convocada, con aproximadamente seiscientos catorce estudiantes del SENA que se matricularon en Uninpahu.

Finalmente, se señaló en la demanda inicial que la convocada, durante los tres (3) años de ejecución del Contrato no presentó inconformidades, salvo las dos (2) objeciones contenidas en el informe de interventoría No. 2, que se solucionaron con la explicación de la convocante y la suscripción del Otrosí No.1; y que la terminación unilateral e ilegal del Contrato por parte de la convocada, evidencia un claro ejercicio abusivo de su posición dominante con la que debe valorarse la conducta desplegada por la convocada en contra de la convocante.

5.2 La contestación y oposición a la demanda inicial

La convocada, a través del escrito con el cual dio contestación a la demanda inicial, se opuso a todas las pretensiones en ella contenidas y contestó los hechos como se resume a continuación:

En relación con los hechos de la demanda inicial referentes al SENA, la convocada señala que el SENA no hace parte del presente proceso, y que, si bien el SENA sí ofrece el programa indicado en los hechos de la demanda inicial, no son hechos personales de la convocante. Adicionalmente, manifestó que los otros aspectos del SENA indicados en la demanda inicial no le constan por ser ajenos a la convocada y que los mismos deberán probarse. En relación con el hecho de que la convocada no contaba con un convenio con el SENA para el primer semestre de 2014 (hecho 6.4.), señaló que es cierto, pero no obstante la convocada ha desarrollado estrategias promocionales para todos los semestres académicos.

Respecto de la oferta remitida por la convocante a la convocada, manifestó que no era cierto, y que la convocada no tiene conocimiento de la presentación de la propuesta indicada en la demanda inicial (pronunciamiento reiterado en varias de las respuestas a los hechos, entre otros, frente a los hechos 6.5, 6.6, 6.7 y 6.8); y en relación con la necesidad de la convocada de ampliar la cobertura y la oportunidad con los estudiantes del SENA, identificada por la convocante, manifestó que dicho hecho resultaba contraevidente y antinatural, al manifestar la convocante que presentó una oferta en mayo de 2014 respecto de una problemática que, señala la misma convocante, identificó en julio de 2014. Por otro lado, manifestó que el ingreso de estudiantes egresados del SENA matriculados por primera vez en la convocada no muestra la tendencia indicada en los

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

hechos (hecho 6.6); que ni en el convenio entre la convocada y el SENA ni en el Contrato se relacionan los programas académicos que recibirán los estudiantes del SENA; y que en el programa de Comunicación Social mencionado nunca se presentaron matrículas.

Asimismo, se manifestó en el pronunciamiento sobre los hechos, *“que no puede afirmarse que los estudiantes que se matricularon en **UNINPAHU** provenientes del **SENA** llegaron a la primera por gestiones adelantadas por la parte convocante, así como tampoco puede afirmarse y mucho menos comprobarse que los estudiantes inscritos permanecieron en **UNINPAHU** durante varios semestres por la gestión de la señora **ASMAR**, quien a su vez recibió dinero como contraprestación por la supuesta gestión”*, consideraciones reiteradas por la parte convocada en su contestación a la demanda inicial.

En relación con los elementos del Contrato (hechos 6.9 y 6.10), manifestó que corresponden a descripciones e interpretaciones propias de la convocante sobre el Contrato, señalando que la convocada se atiene al contenido del Contrato. Adicionalmente, se manifiesta entre otros que, en ningún aparte de los documentos se encuentran las facultades con las que debía trabajar la convocante; que la remuneración indicada en la demanda inicial corresponde a una interpretación de la convocante; que no es cierto que el número de estudiantes varió con el Otrosí No.1, pues lo que varió fue la inclusión de un factor de crecimiento o de decrecimiento de la remuneración basado en la cifra de treinta y tres estudiantes; que las áreas de la convocada no podían actuar de manera independiente como se manifiesta en la demanda inicial; y que no existe un memorando, una directriz o algún tipo de instrucción desde la rectoría de la convocada dirigido a las áreas administrativas y académicas obligando a apoyar en la ejecución del Contrato a la convocante.

En relación con la existencia de un convenio entre la convocada y el SENA (hecho 6.10.1), señaló que solo existe un convenio y lo que tuvo lugar fue una renovación del mismo; y que, en dicha renovación, la participación de la convocante se limitó a informar a la convocada el listado de documentos a adjuntar y a quién remitirlos, cuestión que adelantó la convocada sin el concurso de la convocante.

Manifestó la convocada, que no es cierto que la convocante lideró, apoyó y realizó los procesos de homologación de los estudiantes inscritos y matriculados en la convocada (hecho 6.10.3), dado que los proyectos de homologación son estudiados y aprobados por el Consejo Académico de Uninpahu, y son los miembros del Consejo Académico quienes cuentan con el conocimiento técnico para homologar las materias de la malla curricular de los estudiantes provenientes del SENA con las materias del pénsum académico de la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

convocada, y que la convocante no cuenta con el conocimiento académico para hacer la homologación.

Frente a las actividades de la convocante para la gestión promocional y de comunicación de los convenios entre el SENA y Uninpahu como la coordinación para la participación de Uninpahu en las ferias promocionales de cadena de formación organizadas anualmente por el SENA (hechos 6.10.4, 6.10.5 y 6.10.6), indicó que la convocada debía probar esos hechos y que los informes de interventoría se limitaban a relacionar el número de estudiantes matriculados en la convocada y aspectos relacionados con la cláusula cuarta del Contrato; que la participación en los eventos, charlas y demás actividades eran planeadas, organizadas y ejecutadas por el personal de gestión académica de la convocada, sin poder determinarse gestión o influencia de la convocante en la decisión final de los estudiantes del SENA frente a la continuidad de sus estudios en Uninpahu.

Respecto de los informes de interventoría, se manifestó que no se desconocen, pero que, entre otros, dichos informes dan cuenta de gestiones que no existieron, que la existencia de esos informes no permite indicar que existió un aval o algo similar, que se aportarían elementos probatorios del incumplimiento de las obligaciones de la convocante; y que la convocante siempre objetó los informes que daban cuenta de la realidad del estado de sus obligaciones y *“se acercaba a las instalaciones de **UNINPAHU** a solicitar de manera airada que se les hicieran modificaciones, que se acababan llevando a cabo ante la actitud airada de la señora **ASMAR** y ante las instrucciones de algunos directivos”*. Adicionalmente, manifestó que la señora Sandra González no dio ni proveyó ningún concepto favorable previo al pago de las facturas, y que el número de estudiantes relacionados en los informes hace referencia al número de estudiantes egresados del SENA matriculados en los programadas de la convocada, *“sin que ello asegure que dichos estudiantes provengan de manera inequívoca de la gestión realizada por la contratista, entre otras cosas, porque no existe manera material de asegurar que ello fuera así”*.

En relación con los seis pagos que la convocada efectuó a la convocante (hecho 6.12), manifestó que era cierto.

Respecto del señalamiento en la demanda inicial (hecho 6.13), del *“cambio imprevisto”* de la convocada en el primer semestre de 2018, se manifiesta que por el contrario, era más que previsible que la convocada *“cayera en la cuenta de la inexistencia de las gestiones adelantadas por la convocante”*, y que es cierto que la convocada no entabló más comunicación o relación con la convocante, y *“lo hizo en apego a estándares mínimos de lealtad y probidad, pues nada había que discutir con una contratista que venía percibiendo*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

réditos por actuaciones que nunca se llevaron a cabo o que eran de verificación imposible”.

En relación con lo manifestado respecto de la audiencia de conciliación extrajudicial, manifiesta que la conciliación cuenta con la garantía de confidencialidad prevista en el artículo 76 de la Ley 23 de 1991, y que, en todo caso, las cuestiones manifestadas (hecho 6.14) no son ciertas. Que el señalamiento en la demanda inicial de motivos *“inexistentes, irreales, ilógicos”* para la terminación del Contrato, no es un hecho sino una apreciación de la convocante de su propia interpretación, y el señalamiento a *“la ley de los contratos”* es inexacta; y que por el contrario sí *“existieron motivos de peso para terminar el contrato, y quedaron vertidos de manera clara en la comunicación a la que alude la parte convocante. Cosa distinta es que desde dicho extremo procesal no se acojan tales argumentos”*.

Frente a los señalamientos de que el Contrato fue redactado a instancias de la convocada, se manifiesta que es una contradicción de la convocante, quien en la parte inicial de los hechos manifiesta que el Contrato no *“fue otra cosa que la transliteración o la “copia” de una propuesta que hizo la convocante, y ahora señale que el contrato lo extendió y lo redactó por entero la parte que represento”*; que no es cierto, dado que el Contrato fue elaborado por ambas partes, señalando la convocada que la participación de la convocante en la elaboración del Contrato se evidencia con un correo del 18 de septiembre de 2014, mediante el cual la convocante propone ajustes de los términos y condiciones del Contrato.

Respecto de la claridad de las obligaciones del Contrato (hecho 6.17), se manifiesta que no es un hecho sino un juicio de valor, y agrega que igualmente se contradice la convocante al señalar en el hecho 6.16 que la falta de claridad de las obligaciones es atribuible a la convocada, para posteriormente sostener que las obligaciones del Contrato son claras.

En relación con las manifestaciones relacionadas con el enriquecimiento sin justa causa y el desequilibrio económico contenidas en los hechos de la demanda inicial, manifiesta la convocada que no son hechos sino pareceres y apreciaciones subjetivas.

Respecto de los señalamientos en la demanda inicial acerca de la inexistencia de inconformidades por la convocada durante la ejecución del Contrato (hecho 6.20), la convocada manifestó que es cierto que la convocada no hizo glosas, pero el hecho de haberlo hecho en un ejercicio prudente de administración no puede ser interpretado como una actitud negativa o torticera o ilegal; y que lo manifestado en dicho hecho sobre la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

suscripción del Otrosí No. 1 respecto de la solución de las dos objeciones al informe de interventoría No. 2, no consta en documento alguno, y que pareciera darse a entender que el Otrosí No. 1 obedeció a alguna intención correctiva, que debe ser demostrada.

Finalmente, se manifestó que la terminación del Contrato por la convocada no fue ilegal; y que la convocada no ha abusado en ningún momento de ninguna posición dominante.

La convocada propuso las excepciones de mérito, que denominó: “5.1 NO ARBITRABILIDAD ACTUAL DE LA CONTROVERSIA. 5.2. INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS. 5.3. EJERCICIO DE LOS DEBERES PROPIOS DE UN ADMINISTRADOR DILIGENTE. 5.4. NULIDAD DEL CONTRATO POR CAUSA ILÍCITA Y POR OBJETO ILÍCITO. 5.5. TERMINACIÓN LEGÍTIMA DEL CONTRATO [y] 5.6. EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA”.

Por otro lado, la convocada propuso en su contestación a la demanda inicial, la que denominó objeción al juramento estimatorio de la demanda inicial, oportunidad en la cual señaló que la suma que se solicita no tiene asiento alguno en la realidad contractual, que los dineros reclamados obedecen tanto a una obligación de objeto ilícito como a obligaciones que se basan en hechos que no pueden demostrarse, toda vez que los supuestos de matriculación deben basarse de manera inequívoca en un número de estudiantes que se hubiera matriculado por las gestiones de la convocante, aspecto que no hay manera de demostrarlo, sin que aparezca prueba alguna de tal cuestión.

Adicionalmente mencionó que cualquier suma de dinero que se reclame por una obligación basada en hechos de demostración imposible será desproporcionada, y, en “*gracia de discusión*”, la única manera de demostrar el monto perseguido en la demanda inicial es que de forma inequívoca cada uno de los estudiantes se matriculara por la gestión de la convocante, cuestión que no puede demostrarse.

5.3 Las pretensiones de la demanda de reconvención y los hechos en que se fundamentan

5.3.1 Pretensiones de la demanda de reconvención

Las pretensiones de la convocada fueron formuladas en su libelo demandatorio de mutua petición, las cuales se encuentran contenidas en el denominado acápite de pretensiones de la demanda de reconvención, así:

“PRETENSIONES

TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Solicitamos al tribunal que, en el laudo que dirima este asunto, se profieran las siguientes o parecidas declaraciones y condenas:

“

3.1.

Pretensiones declarativas

“PRIMERA PRINCIPAL DECLARATIVA.- Que se **DECLARE** que el contrato denominado “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE CONSULTORÍA ENTRE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO- UNINPAHU- Y PATRICIA ASMAR AMADOR” está viciado de **NULIDAD ABSOLUTA** por **CAUSA ILÍCITA Y POR OBJETO ILÍCITO**.

“PRIMERA SUBSIDIARIA DECLARATIVA.- Que en caso de no prosperar la anterior pretensión, se **DECLARE** que el contrato denominado “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE CONSULTORÍA ENTRE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO- UNINPAHU- Y PATRICIA ASMAR AMADOR” fue **INCUMPLIDO** por la demandada **MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**.

“SEGUNDA PRINCIPAL DECLARATIVA.- Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión **PRIMERA PRINCIPAL DECLARATIVA**, se ordenen las **RESTITUCIONES MUTUAS** a las que se refiere el artículo 1746 del Código Civil.

“SEGUNDA SUBSIDIARIA DECLARATIVA.- Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión **PRIMERA SUBSIDIARIA** se **DECLARE** que **MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR** debe resarcir a la **FUNDACION UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO - UNINPAHU** por los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, consistentes en el **DAÑO EMERGENTE** y en el **LUCRO CESANTE** padecidos por esta última.

3.2.

Pretensiones de condena

“PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA.- Que se **CONDENE** a la señora **MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR** a **PAGAR** a **UNINPAHU** la suma de **DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$224.790.239)**, equivalentes a las dineros que le pagó **UNINPAHU** durante el desarrollo del contrato a título de **RESTITUCIÓN** por causa de la **NULIDAD ABSOLUTA** cuya declaración se solicitó en la **PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL DECLARATIVA** y conforme a lo solicitado en la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA**.

“PRIMERA SUBSIDIARIA DE CONDENA.- Que se **CONDENE** a la señora **MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR** a **PAGAR** a **UNINPAHU** la suma de **DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$224.790.239)**, a título de **PERJUICIOS MATERIALES** por vía de **DAÑO EMERGENTE** causado a **UNINPAHU** por el incumplimiento del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE CONSULTORÍA ENTRE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO- UNINPAHU- Y PATRICIA ASMAR AMADOR” equivalentes a los dineros que le pagó **UNINPAHU** durante el desarrollo del contrato, acorde con lo solicitado en la **PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DECLARATIVA** y conforme a lo solicitado en la **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DECLARATIVA**.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

“SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA.- Que se **CONDENE** a la señora **MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR** a pagar a favor de **UNINPAHU** el valor correspondiente a los **INTERESES MORATORIOS** causados sobre las sumas pagadas por **UNINPAHU**, desde el día en que **UNINPAHU** llevó a cabo cada uno de los pagos, y hasta el momento en que la señora **ASMAR AMADOR** efectúe la devolución de los dineros a esta.

“SEGUNDA SUBSIDIARIA DE CONDENA.- Que se **CONDENE** a la señora **MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR** a pagar a favor de **UNINPAHU** el valor correspondiente a los **INTERESES MORATORIOS** causados sobre las sumas pagadas por **UNINPAHU**, desde el día en que **UNINPAHU** llevó a cabo cada uno de los pagos, y hasta el momento en que la señora **ASMAR AMADOR** efectúe dichos pagos, a título de **LUCRO CESANTE**.

“TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA.- Que se **CONDENE EN COSTAS DE LA ACTUACIÓN** a la señora **MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR** si se opusiere a la prosperidad de estas peticiones.”

5.3.2 Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda de reconvención

Los hechos expuestos como fundamento de las pretensiones de la demanda de reconvención comprenden siete situaciones fácticas que se sintetizan de la siguiente manera:

Las partes celebraron el Contrato el 1º de junio de 2014 de acuerdo con el texto del mismo, y tuvo por objeto el indicado en la cláusula primera. Que, en desarrollo del Contrato, la convocada efectuó a la convocante seis pagos, por un valor total de \$224'790.239, de conformidad con la tabla insertada en el hecho No. 3 de la demanda de reconvención.

Señala la convocada que la convocante nunca pudo acreditar el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Contrato, entre otras razones, porque resultaba imposible demostrar que ello había ocurrido, pues se trataba de hechos de imposible comprobación (hecho No. 4).

Se indica en los hechos de la demanda de reconvención, que la causa que llevó a la celebración del Contrato no fue lícita, pues no podía ser lícito que el motivo para celebrar un contrato fuera el de obtener un provecho económico por negociar unos convenios cuya celebración era casi automática, además de tratarse de instrumentos que el SENA celebra en ejercicio de sus funciones; y que tampoco podía ser lícito el objeto del Contrato, teniendo en cuenta que el mismo se estableció para mediar ante una entidad pública para producir un convenio que el SENA debía celebrar en ejercicio de sus funciones, y menos cuando la convocante se ofreció para ello, obteniendo un provecho económico a cuenta de la gestión de dicho convenio.

Finalmente, se manifestó por la convocada que, ante el incumplimiento del Contrato y en ejercicio de los deberes propios de una administración diligente, el entonces representante legal de Uninpahu ejerció la facultad de terminación del Contrato, mediante comunicación calendada el 5 de junio de 2018.

5.3.3 La contestación y oposición a la demanda de reconvención

La convocante, a través del escrito con el cual dio contestación a la demanda de reconvención, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y contestó los hechos como se resume a continuación:

La convocante manifestó que el hecho No. 1 referente a la celebración del Contrato es cierto, indicando que corresponde al mismo hecho 6.8 de la demanda inicial, y que la convocada en la contestación a la demanda inicial señaló como no cierto, e inexplicablemente lo indica en los hechos de la demanda de reconvención.

La convocante manifestó que el hecho No. 2 referente al objeto del Contrato es cierto, indicando que el objeto del Contrato comprendió dos etapas, una primera para asesorar a la convocada en la celebración del convenio con el SENA, y una segunda correspondiente a la ampliación de la cobertura de la convocada en su objeto principal de la educación.

Respecto al hecho No. 3 referente a los pagos efectuados por la convocada a la convocante, manifestó que es cierto, hecho además dado por cierto en la contestación al hecho No. 6.12 de la demanda inicial, y que la convocada igualmente lo admitió, y con el visto bueno de la señora Sandra González, como interventora del Contrato.

Frente al hecho No. 4, mediante el cual se indicó que la convocante nunca pudo acreditar el cumplimiento de las obligaciones, manifestó que no era cierto, indicando que tal afirmación era contraria a la realidad, y que, frente al señalamiento de hechos de imposible comprobación, existen más de mil correos electrónicos que se cruzaron entre la convocante y diferentes directivos de la convocada.

En relación con el señalamiento de la causa ilícita (hecho No. 5), la convocante manifiesta que no es cierto, indicando que los móviles determinantes para la celebración del Contrato no fueron ni falsos ni prohibidos en la ley, ni contrarían las buenas costumbres o el orden público; señaló que no es antisocial ni inmoral gestionar convenios con instituciones del Estado, como es el caso del SENA, y ampliar la cobertura para que la convocada pudiese

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

llevar a cabo el programa en cadena de formación de tecnólogos a profesionales, las cuales por el contrario van en pro de entregar a la sociedad profesionales más completos en las disciplinas que ofrece el SENA. Adicionalmente, manifestó que mal puede la convocada sostener que la ilicitud deriva de celebrar un contrato con el propósito simple de obtener un provecho económico por negociar unos convenios, después de transcurridos más de tres años de ejecución del Contrato, como si se tratara de hacer un simple lobby.

Respecto al señalamiento del objeto ilícito (hecho No. 6), la convocante manifiesta que no es cierto, que es contrario a los hechos y a las pruebas, debido a todas las funciones que cumplió la convocante, previo a la celebración y/o renovación del convenio entre la convocada y el SENA en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, y no se trata de obligaciones contrarias al orden público; que la convocada además no señala ni a las buenas costumbres o la ley imperativa, no siendo el objeto del Contrato inmoral ni contrario a la conservación y desarrollo de la vida social de acuerdo con lo previsto en los artículos 1518, 1519 y 1523 del Código Civil, y cuando no existe norma o ley que prohíba expresamente celebrar el Contrato.

Adicionalmente, manifestó que la convocada no puede justificar la pretensión de nulidad absoluta acudiendo a la teoría de los actos propios, al sostener que sus anteriores administradores supuestamente habían incumplido sus deberes y/o funciones y ser por lo tanto lesivos, ilegales e ilegítimos.

Finalmente, respecto a la terminación del Contrato (hecho No. 7), manifiesta la convocada que es cierto en cuanto a la terminación en comunicación del 5 de junio de 2018, pero aduciendo motivos "*por demás injustificados*", y que la afirmación de la demanda "... *en ejercicio de los deberes propios de una administración diligente...*", no goza de sustento fáctico ni probatorio, y que, por el contrario, quedará acreditada la mala fe en dicha determinación, consecuencia de la posición dominante de la convocada en la relación contractual.

La convocante propuso las excepciones de mérito, que denominó: "1. *Inexistencia de la nulidad absoluta del vínculo contractual por objeto y causa ilícita del contrato de prestación de servicios profesionales de consultoría celebrado entre las partes convocante y convocada.* 2. *Inexistencia del incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de Consultoría por parte de mi representada e incumplimiento imputable del contrato a la parte demandante.* 3. *Excepción de Merito de Mala fe de la entidad convocada.* [y 4.] **EXCEPCIÓN GENÉRICA**"

5.4 Pruebas del proceso

Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente forma:

5.4.1 Pruebas documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda: *(i)* los documentos aportados por la parte convocante y relacionados en la demanda inicial, la contestación a la demanda de reconvención y el memorial mediante el cual describió el traslado a las excepciones de mérito a la demanda inicial; y *(ii)* los documentos aportados por la parte convocada y relacionados en la demanda de reconvención, la contestación a la demanda inicial y el memorial mediante el cual describió el traslado a las excepciones de mérito a la demanda de reconvención.

5.4.2 Interrogatorios y declaraciones de parte

Respecto de los interrogatorios y declaraciones de parte, en audiencia celebrada el 4 de marzo de 2020 se recibieron los interrogatorios y declaraciones de parte de la señora María Patricia Asmar Amador, parte convocante, y del señor Diego Fernando Buitrago Navarro, representante legal de la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu–, parte convocada.

En dicha audiencia de 4 de marzo de 2020, el Tribunal, mediante auto No. 18, también decretó el interrogatorio de parte del señor Diego Fernando Buitrago Navarro, representante legal de la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu–, solicitado por el apoderado de la propia parte convocada, el cual se recibió en la misma audiencia, sin que acerca del decreto y la práctica de esta prueba se hubiese formulado objeción, inconformidad o recurso por alguna de las partes.

5.4.3 Testimonios

Respecto de los testimonios, en audiencia celebrada el 26 de febrero de 2020 se recibieron los testimonios del señor Álvaro Barreto Lugo y de la señora Fabiola García Arismendi; en la audiencia mencionada de 4 de marzo de 2020 se recibieron los testimonios de las señoras Sandra González Gómez, Myriam Serna Álvarez y Myriam Velásquez Bustos; y en audiencia celebrada el 21 de abril de 2020 se recibió el testimonio del señor Juan Pablo Calixto Niño.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

El apoderado de la parte convocada tachó de sospechoso el testimonio de la señora Myriam Serna Álvarez.

En relación con el testimonio del señor Jesús Antonio Peñaranda Bautista, decretado en la primera audiencia de trámite, la parte convocada, quien solicitó dicha declaración, desistió del mismo antes de que se hubiere procedido a su práctica; de esta solicitud se dio traslado a la parte convocante quien manifestó no tener inconveniente con la solicitud de desistimiento. Mediante auto No. 15 de 26 de febrero de 2020, y en virtud del artículo 175 del Código General del Proceso, al tratarse de una prueba no practicada y solicitada por la parte convocada, el Tribunal aceptó el desistimiento del testimonio del señor Jesús Antonio Peñaranda Bautista.

En relación con el testimonio del señor Wayne Anthony Triana, decretado en la primera audiencia de trámite, la parte convocante, quien solicitó dicha prueba, desistió del mismo, previo a su práctica; de esta solicitud se dio traslado a la parte convocada, quien manifestó no tener inconveniente con la solicitud de desistimiento. Mediante auto No. 19 de 4 de marzo de 2020, y en virtud del artículo 175 del Código General del Proceso, al tratarse de una prueba no practicada y solicitada por la parte convocante, el Tribunal aceptó el desistimiento del testimonio del señor Wayne Anthony Triana.

5.4.4 Dictámenes periciales

Durante el curso del presente proceso arbitral se recaudaron los siguientes dictámenes periciales:

La experticia rendida por la señora Gloria Zady Correa Palacio, allegada por la parte convocante con la demanda inicial, de la cual se corrió traslado a la parte convocada, por el término de veinte días, junto con la demanda inicial; la convocada se pronunció al respecto oportunamente.

La experticia rendida por la firma Adalid Corp. S.A.S., allegada por la parte convocante mediante memorial de 28 de octubre de 2019, mediante el cual describió el traslado de las excepciones de mérito a la demanda inicial, de la cual se corrió traslado a la parte convocada en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso, quien se pronunció oportunamente. Esta experticia fue aportada en sobre sellado, cuya apertura se hizo en presencia de las partes, en la audiencia celebrada el 28 de enero de 2020.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

La experticia y contradicción del dictamen aportado con la demanda inicial, elaborada por el señor José María del Castillo que allegó la parte convocada mediante memorial de 25 de febrero de 2020, de la cual se corrió traslado a la convocante en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso, quien se pronunció oportunamente.

Adicionalmente, en audiencia celebrada 21 de abril de 2020, se practicaron los interrogatorios a los peritos Gloria Zady Correa Palacio y José María del Castillo Hernández, solicitados por las partes y ordenados por el Tribunal mediante auto No. 19 de 4 de marzo de 2020. Durante el interrogatorio del señor José María del Castillo Hernández, el perito remitió al Tribunal un mensaje electrónico acompañado de un archivo, el cual se puso igualmente en conocimiento de las partes.

Finalmente, el Tribunal, mediante auto No. 22 de 21 de abril de 2020, declaró concluida la etapa probatoria. Dicha decisión no fue controvertida por las partes.

6. Alegatos de conclusión

Habiéndose practicado todas las pruebas decretadas en forma oportuna, en audiencia de 3 de junio de 2020, las partes alegaron de conclusión de manera oral, habiendo remitido igualmente documentos escritos de sus alegaciones.

7. Término de duración del proceso

Comoquiera que las partes no pactaron nada distinto, al tenor de lo indicado en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, modificado por lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo 2020, tal como se dispuso previamente en el presente proceso a través del auto No. 22 de 21 de abril de 2020, sin objeción alguna, el término de duración del proceso es de ocho meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que debe proferirse y notificarse incluso la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición del respectivo laudo.

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 28 de enero de 2020, y dadas las suspensiones del presente proceso con ocasión de las solicitudes conjuntas de las partes –desde el 5 de marzo de 2020 y hasta el 23 de marzo de 2020, ambas fechas inclusive, y desde el 25 de marzo de 2020 y hasta el 20 de abril de 2020, ambas fechas inclusive–, hasta la fecha actual ha transcurrido el término de seis meses y un día calendario de duración del proceso, por lo cual el término total, teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo 2020, se extiende hasta el día 14 de noviembre de 2020.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

8. Controles de legalidad

En las oportunidades que se indican a continuación, el Tribunal efectuó el control de legalidad correspondiente para verificar tanto la validez de las actuaciones surtidas dentro del proceso como, principalmente, que se hubieren observado y respetado a plenitud los derechos de las partes al debido proceso, a la defensa, a la contradicción y al acceso a la administración de justicia, ocasiones todas esas en las cuales el Tribunal verificó que no existieron irregularidades que hubieren viciado de alguna forma la actuación o la marcha del proceso con lo cual coincidieron de manera expresa tanto la parte convocante como la parte convocada.

- a. Durante la audiencia celebrada en 25 de noviembre de 2019, según se consignó en el Acta No. 9.
- b. Durante la audiencia celebrada en 28 de enero de 2020, antes de que se dictara el auto que declaró la competencia del Tribunal de Arbitramento, tal como lo refleja el Acta No. 11.
- c. Durante la audiencia celebrada en 20 de febrero de 2020, según se consignó en el Acta No. 12.
- d. Durante la audiencia celebrada en 26 de febrero de 2020, según se consignó en el Acta No. 13.
- e. Durante la audiencia celebrada en 4 de marzo de 2020, según se consignó en el Acta No. 14.
- f. Durante la audiencia celebrada en 21 de abril de 2020, según se consignó en el Acta No. 16.
- g. Durante la audiencia celebrada en 3 de junio de 2020, según se consignó en el Acta No. 18.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para efectos de resolver las controversias que han sido planteadas y expuestas por las partes tanto a través de la demanda inicial como de la demanda de reconvención y la contestación a las mismas, y con el propósito de satisfacer el deber que le impone el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, del cual son titulares las mismas, el Tribunal de Arbitramento procede a explicar y a justificar el fundamento y las razones que sirven de apoyo a las decisiones que se profieren mediante el presente laudo arbitral.

1. Cumplimiento de los presupuestos procesales

Como asunto de decisión previa, pasa el Tribunal a examinar si en el presente proceso están reunidos los denominados presupuestos procesales, estos son las condiciones de forma y de procedimiento necesarias para proferir una decisión de fondo, constituidos por: i.- La capacidad para ser parte; ii.- La capacidad para comparecer al proceso; iii.- La demanda en forma, y iv.- La competencia del juez.

1.1 Capacidad para ser parte

En cuanto a esta exigencia, las partes que conforman los extremos del litigio, previamente identificadas, gozan de plena capacidad para ser parte al tenor de lo previsto en el artículo 53 del Código General del Proceso y se encuentran debidamente representadas en juicio, debiendo agregarse que fueron adecuadamente convocadas al proceso y durante el mismo gozaron de amplias oportunidades de defensa y de contradicción, sin que se evidencie causal de nulidad alguna.

El requisito en referencia, por tanto, se encuentra debidamente acreditado, además de que no fue cuestionado durante el curso del proceso.

1.2 Capacidad para comparecer al proceso

La capacidad para comparecer al proceso, cuya regulación la recoge el artículo 54 del Código General del Proceso, está igualmente acreditada en el expediente, pues la parte convocante como persona natural concurrió personalmente, y la parte convocada concurrió a través de quienes, de acuerdo con la ley y/o con sus estatutos o documento de representación, respectivamente, ejercen su representación legal.

El requisito en referencia, por tanto, se encuentra debidamente acreditado, además de que no fue cuestionado durante el curso del proceso.

1.3 La demanda en forma

Por lo que se refiere tanto a la demanda inicial como a la demanda de reconvencción, debe indicarse que las mismas se ajustaron plenamente a las previsiones contenidas en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso, y por ello en su momento se dispuso su admisión mediante la respectiva providencia.

El requisito en referencia, por tanto, se encuentra debidamente acreditado.

1.4 La competencia del Tribunal de Arbitramento

Si bien es cierto que en el curso de la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el 28 de enero de 2020, este mismo Tribunal decidió declararse competente, declaratoria que no fue controvertida ni objetada por las partes, no es menos cierto que la parte convocada formuló, con su contestación a la demanda inicial, la excepción denominada **“NO ARBITRABILIDAD ACTUAL DE LA CONTROVERSIA”**, cuestión que comporta un cuestionamiento de fondo a la competencia del Tribunal, razón por la cual se considera de la mayor trascendencia efectuar de entrada y con detalle el análisis que corresponde a dicha excepción en el presente acápite, con el fin de resolver de forma integral todo lo referente a la competencia del Tribunal y a la referida excepción misma.

La primera excepción, intitulada **“NO ARBITRABILIDAD ACTUAL DE LA CONTROVERSIA”**, la parte convocada la hace consistir en la circunstancia de que la demanda arbitral habría sido presentada por la convocante sin que previamente hubiere agotado la etapa de solución amistosa y directa de las diferencias surgidas entre las partes del Contrato según las previsiones de su cláusula 10, contentiva del pacto arbitral, a lo cual pide que se adicionen los planteamientos que efectuó en la misma línea a través del recurso de reposición que en su debida oportunidad interpuso esa misma parte en contra del auto que dispuso la admisión de la demanda.

Pues bien, mediante el escrito con el cual en su momento formuló su referida impugnación, la parte convocada alegó que la señalada cláusula 10 del Contrato consagró *“un paso previo a la convocatoria e instalación legal de un tribunal de arbitramento”*, correspondiente a la de intentar resolver las diferencias surgidas entre ellas de manera directa y amistosa, *“lo cual no puede predicarse de la conciliación extrajudicial”*, razón por la cual concluyó que no resultaba posible entonces, de momento, haber presentado dicha controversia a conocimiento del Tribunal de Arbitramento.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

En aquella oportunidad también aludió a las reglas de interpretación de los contratos, en particular a aquella consagrada en el artículo 1618 del Código Civil, para agregar entonces que la intención de las partes está llamada a prevalecer y que, por tanto, en el presente caso las partes habían tenido la intención de que sus diferencias pudieran ser resueltas directamente ***“entre ellas*** de manera directa y amistosa, sin que intervinieran terceros ...”.

Agregó en ese entonces que

“... haber presentado esta controversia ante el tribunal de arbitramento es prematuro, no siéndole posible, de momento, conocer de las controversias que han surgido entre las partes con base en el contrato mencionado hasta tanto no exista un acercamiento directo y amistoso de las mismas. Acuerdo que, no está de más señalar, NO involucra terceros en calidad de conciliadores o de árbitros”.

Al formular la excepción en estudio, mediante su contestación a la demanda inicial, cuestionó la decisión que se adoptó al resolver su referido recurso de reposición en el sentido de sostener que la mención que entonces se hizo al artículo 13 del Código General del Proceso, y sin pretender que se haga nugatoria la aplicación de esa norma legal,

“... de llevar al paroxismo lo que allí se señala, no existirían siquiera los tribunales de arbitramento, pues alguien, en una interpretación exagerada, podría considerar que el pacto arbitral contenido en una cláusula compromisoria sería nada más ni nada menos que una especie de cortapisa o de requisito para acudir a un operador de justicia.

“Por tanto, consideramos, con sumo respeto, que el hecho de que la parte actora no hubiera agotado el mecanismo de arreglo directo suponía para el señor árbitro un obstáculo a su competencia ...”.

En su escrito de alegaciones finales, la convocada básicamente reafirmó las argumentaciones ya mencionadas acerca de la ***“NO ARBITRABILIDAD ACTUAL DE LA CONTROVERSIA”***.

En relación con dicha excepción el Tribunal advierte que la misma deberá ser denegada porque son varias las razones que imposibilitan su estimación, a saber:

En primer lugar, tal como lo evidencian los términos en que se encuentra formulada la excepción en estudio, según la síntesis que del mismo se ha dejado expuesta, se impone señalar que el asunto planteado por la convocada ya fue resuelto mediante la providencia que se encuentra en firme y que cobró ejecutoria desde el día 25 de febrero de 2019, a través de la cual se resolvió

“Primero.- Confirmar, en todas sus partes, el Auto No. 2 proferido por el Tribunal dentro del presente trámite el pasado 10 de diciembre de 2018”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

Al respecto el Tribunal estima pertinente agregar que al efectuar tanto el examen de la referida excepción primera que ha sido propuesta, como el análisis de la fundamentación que le sirve de soporte, no encuentra elemento, argumento o razonamiento alguno que lleve a la modificación o, peor aún, al desconocimiento de lo que ya se decidió dentro del presente proceso arbitral y sobre esa misma materia, en el señalado auto de 25 de febrero de 2019.

En segundo lugar, el mayor significado reviste la circunstancia de que, desde el punto de vista material, resulta evidente que la excepción que ahora se examina se encuentra directamente encaminada a cuestionar la competencia del Tribunal de Arbitramento, comoquiera que la parte convocada –según ya se indicó– al formular su aludido recurso de reposición, cuyos planteamientos solicitó tener como integrantes de su excepción primera, sostuvo que la presentación de la demanda habría sido prematura y que por ello al Tribunal no le era *“... posible, de momento, conocer de las controversias que han surgido entre las partes con base en el contrato mencionado hasta tanto no exista un acercamiento directo y amistoso de las mismas ...”*.

A pesar de ello, lo cierto es que cuando el propio Tribunal de Arbitramento dictó y notificó, el 28 de enero de 2020, durante la primera audiencia de trámite, la providencia por medio de la cual declaró ser competente *“... para conocer y decidir en derecho las controversias entre **María Patricia Asmar Amador** y la **Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –UNINPAHU–** ...”*, la referida parte convocante guardó silencio, con lo cual demostró su conformidad para con la decisión adoptada, sin que la hubiere cuestionado o impugnado en forma alguna.

Así las cosas, por la firmeza que de manera pacífica alcanzó el referido auto No. 12 de 28 de enero de 2020 y por la consiguiente conformidad que para con el mismo reflejó con su comportamiento la parte convocada –amén de los efectos que a esa clase de conductas le asigna la Ley arbitral²⁴–, para el Tribunal resulta fuera de cualquier duda la imposibilidad

²⁴ Téngase presente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1563, dictada en el año 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*, cuando no se interpone recurso de reposición contra el auto que dispone asumir competencia, no es posible interponer recurso de anulación contra el laudo con base en la causal referida a *“... la falta de jurisdicción o de competencia”*, ello según el siguiente texto:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación:

“.....

“2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.

“.....

“Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

de que en el presente caso pueda estimarse la excepción primera que aquí se revisa, máxime que no existen, no se advierten y no se aportan elementos que permitan u obliguen a revisar o a modificar, y menos a desconocer, las conclusiones que acerca de su competencia pronunció el Tribunal a través de la señalada providencia de 28 de enero del presente año.

En tercer lugar, porque incluso si se admitiere en gracia de discusión que en el presente caso se hubiere configurado la situación que en su excepción alega la parte convocada, consistente en sostener que el Tribunal habría procedido a admitir, a dirigir y a impulsar el proceso arbitral de la referencia sin que supuestamente se hubieren satisfecho en forma previa los requisitos convenidos por las partes en su pacto arbitral para que pudiera consolidarse la habilitación que dichas partes defirieron a los árbitros y que el artículo 116 de la Constitución Política exige como requisito para el funcionamiento de la justicia arbitral, aun en ese caso resulta evidente, de una parte, que en cuanto el Tribunal declaró su competencia para conocer del presente proceso mediante el mencionado auto de 28 de enero de 2020, esa parte convocada no formuló impugnación alguna en contra de dicha decisión, por manera que tal supuesta irregularidad debe tenerse por saneada de conformidad con los precisos términos del parágrafo²⁵ del artículo 133 del Código General del Proceso.

En esa misma línea debe agregarse además que si tal supuesta irregularidad, que hipotéticamente habría consistido en que la presentación y admisión de la demanda inicial sin que previamente se hubiere agotado la etapa de arreglo amigable y directo entre las partes impedía que el Tribunal de Arbitramento pudiera conocer en ese momento y/o en esas condiciones de las diferencias que le fueron sometidas a su estudio y decisión, por lo cual se habría afectado la competencia del Tribunal y, por tanto, se habría configurado una causal de nulidad, ha de señalarse que con posterioridad a la expedición de la mencionada providencia de 28 de enero de 2020, por medio de la cual el Tribunal declaró su competencia, la parte convocada actuó en el proceso sin proponer causal alguna de nulidad ni objeción, razón por la cual habría que dar aplicación a lo dispuesto en:

- i. El inciso segundo del artículo 135 del Código General del Proceso, a cuyo tenor:

“No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla”. (Se deja subrayado).

²⁵ **“PARÁGRAFO.** Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

- ii. El artículo 2.10 del Reglamento, a cuyo tenor:

“Renuncia al derecho de objetar. Las partes deberán manifestar al Tribunal de forma expedita cualquier hecho o circunstancia que implique el incumplimiento de alguna disposición del presente Reglamento. La parte que permita que el proceso avance sin manifestar su oposición o reparo habrá convalidado el procedimiento renunciando al derecho a impugnar u objetar en forma posterior.

En cuarto lugar, porque aún en la hipótesis que se ha planteado en gracia de discusión en el sentido de considerar que a la parte convocada le habría asistido razón al argumentar que la demanda arbitral habría sido presentada de manera prematura y que, por tanto, ello habría afectado la competencia del Tribunal –misma que fue declarada mediante providencia de 28 de enero de 2020, ante la cual esa misma parte se mostró conforme–, de todas maneras esa eventual y supuesta irregularidad –constitutiva, o no, de nulidad procesal– habría sido saneada de manera expresa por la misma convocada puesto que con total claridad y en forma explícita manifestó su conformidad con las actuaciones surtidas en el proceso arbitral en cada una de las oportunidades en las cuales se realizó el correspondiente control de legalidad, lo cual ocurrió, en el presente proceso, en las oportunidades señaladas en la sección 8 de los antecedentes del presente laudo.

En quinto lugar, porque la misma parte convocada, al formular su demanda de reconvencción y/o de mutua petición, sin que previamente hubiere intentado y menos agotado una actuación encaminada a lograr un arreglo amigable y directo con su contraparte, aceptó sin lugar a la menor hesitación, de manera palmaria y evidente: *i)* que el asunto objeto de la presente litis sí es arbitrable; *ii)* que al Tribunal conformado para dirimir las diferencias que han surgido entre las partes sí le asiste competencia para administrar justicia en el presente caso; *iii)* que el Tribunal Arbitral se encuentra debidamente habilitado por las partes para conocer del presente proceso, según la exigencia del artículo 116 de la Carta Política; y *iv)* que para formular la demanda correspondiente no se requería agotar de manera obligatoria y previa la etapa de arreglo amistoso y previo entre las partes, como si en la cláusula compromisoria se hubiere establecido al respecto un requisito de procedibilidad imperativo.

Tal aceptación de la parte convocada, según se acaba de señalar, se corrobora de manera categórica al confirmar que ella misma se mostró conforme tanto con el auto fechado el 4 de septiembre de 2019, por medio del cual, en su debida oportunidad, se admitió su demanda de reconvencción, como con el ya mencionado auto de 28 de enero de 2020 en cuya virtud el Tribunal declaró su competencia para conocer de dicha contrademanda.

TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

En sexto lugar, porque desde el punto de vista material o de fondo el asunto que ahora expone como excepción la parte convocada ha sido resuelto, desde hace varios años, de manera reiterada, consistente, pacífica y uniforme, por la jurisprudencia de las más Altas Corporaciones de administración de justicia en el país.

Ciertamente, sobre este específico punto, el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia fechada el 4 de diciembre de 2006, señaló la imposibilidad de que los acuerdos de las partes, incluso los que se incluyan en el respectivo pacto arbitral, pudieran tener el carácter de presupuestos de procedibilidad, así:

“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa²⁶, máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6 del C. de P. C.

“Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna pueden tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones”²⁷. (Se han agregado las negrillas).

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su condición de juez constitucional, al fallar una acción de tutela, según obra en su sentencia de 28 de marzo de 2008, reafirmó que corresponde legalmente a los árbitros interpretar de manera integral el contrato que da lugar a las diferencias que las partes someten a su conocimiento, incluyendo el alcance de la correspondiente cláusula compromisoria, razón por la cual será el entendimiento que razonadamente el respectivo Tribunal de Arbitramento le atribuya al alcance del pacto arbitral el que deberá prevalecer, sin que haya lugar a que otro juez como el de la anulación –que no constituye una segunda instancia–, sin facultades para ello sea el que pueda

²⁶ Tal como, por ejemplo, la Ley 640 estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en algunos casos específicos.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada el 4 de diciembre de 2006; radicación No. 11001-03-26-000-2006-00029-00; expediente No. 32.871.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

determinar si en la cláusula respectiva se habrían configurado presupuestos de procedibilidad a cuya observancia o agotamiento se hubiere condicionado la competencia de los árbitros.

Así razonó al conceder transitoriamente el amparo constitucional solicitado, en virtud del cual dispuso suspender –hasta que se surtiera el correspondiente recurso de revisión–, los efectos de la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá había resuelto anular el laudo arbitral que fue acusado ante esa superioridad por haber considerado que los árbitros carecían de competencia, así:

“8. Se plantea a lo largo de la sentencia que la función de los auditores obedece a la naturaleza técnica de las diferencias, y con el propósito de corroborar este aserto, el Tribunal Superior plantea que “fue constante la distinción que hicieron en torno a los posibles diferendos de naturaleza jurídica y aquellos que primeramente se manifestaban en cuestiones técnicas contables, que debían ser despejadas por un auditor internacional”. Entonces, en este segmento del fallo se reconoce de nuevo y de modo explícito, aunque contradictorio, la tarea de uno y otro era la misma, lo cual brinda certeza de que el juicio arbitral podía operar subsidiariamente y emerger ante el agotamiento del mecanismo de auditaje. Además de ello, la construcción que se intenta en este pasaje de la sentencia, para distinguir entre cuestiones técnicas y jurídicas, como soporte de la competencia exclusiva de los auditores, termina reconociendo que la controversia puede tener una manifestación primaria como diferencia contable, pero sin perjuicio de “acudir ulteriormente ante los jueces ordinarios o el Tribunal arbitral”, lo cual se acompasa perfectamente con la posibilidad existente en todo tipo de procedimientos judiciales, incluido el arbitral, de acudir a la prueba técnica, argumentos que derrotan definitivamente que por la naturaleza técnica del asunto estuviera vedado a los árbitros asomarse a la resolución del tema de las contingencias.

“Desde esta arista, las afirmaciones sobre que la cuestión no podría “ser abordada directamente por los árbitros”, o era menester “un pronunciamiento previo del auditor”, algo “así como un requisito de procedibilidad”, pero dejando “a salvo la posibilidad de acudir ulteriormente ante el tribunal arbitral” o un diferendo de naturaleza jurídica “que primeramente se manifestaba en cuestiones técnicas contables” (subraya la Corte), son expresiones que denotan que la esencia de la controversia era la misma, aunque tuviera manifestación en momentos diferentes, de lo cual se concluye que no sería verdad que el tribunal arbitral careciera de competencia, sino que probablemente no la podría ejercer de manera temprana, cosa bien diferente, pues en este caso todo el centro de gravedad del debate debía desplazarse a demostrar que el auditaje era una condición de procedibilidad cuya ausencia privaba de competencia al Tribunal, situación en la [que] se exige acreditar cabalmente de dónde vendría tamaña conclusión, a más que resultaba perentorio e ineludible señalar porqué a pesar del fracaso rotundo del mecanismo de auditaje, la situación debía mantenerse en un estado de parálisis, dependiendo todo de la sola voluntad del vendedor, estado de bloqueo que por menguar el acceso a la justicia y haber sido objeto de cuestionamiento por el opositor, llamando para ello en apoyo una sentencia del Consejo de Estado, no recibió la adecuada atención del Tribunal Superior.

“9. En el fallo que anula el laudo (folio 50), el Tribunal Superior de Bogotá reconoce que el pacto arbitral fue concebido para zanjar las “diferencias” que llegaren a surgir entre las partes, no obstante, luego sienta la tesis según la cual cuando el comprador formula la reclamación “no existe aún diferencia alguna, ni siquiera cuando se objeta”, argumentos que se muestran absolutamente insuficientes para descaecer la competencia del Tribunal de Arbitramento, pues no hay cómo decir que después de todo el itinerario de conflicto, incluido el fracaso del mecanismo de auditoría, aún no había “diferencia” de la que pudiera ocuparse el Tribunal de Arbitramento autorizado por la cláusula 17 del contrato. Si se admitiera esa hipótesis, se llegaría al absurdo de que aún hoy no ha surgido aquella “diferencia” que exija y justifique la intervención de los árbitros, lo cual como argumento es absolutamente precario.

“10. De otro lado, los defectos de argumentación que aquejan el fallo acusado, se extienden al análisis que hizo sobre las cláusulas que habilitan a los auditores y a los árbitros para la misma tarea.

“Recuérdese que en cláusula 14 del pacto arbitral se dice que “todas las eventuales diferencias que llegaren a surgir entre las partes aquí contratantes por razón de la celebración, validez, interpretación, ejecución y terminación del presente contrato, que no pudieran ser solucionados por ellas mismas y que no consten en títulos ejecutivos, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento...”, mientras que en la cláusula 9.7 fue convenido que de hallarse “cualquier hecho que diere lugar a reclamación por concepto de pasivos ocultos, contingencias, inexactitudes diferencias en las declaraciones o garantías en la cartera o en otros activos”, se recurriría a la intervención de auditores internacionales seleccionados como dice el complemento de la cláusula que se cita.

“Entonces, el examen del pacto arbitral muestra sin duda que el Tribunal de Arbitramento tenía la facultad de “interpretar” el contrato, laborio que naturalmente se extiende al sentido de la cláusula que consagra el auditaje y en general a las disposiciones contractuales que otorgan competencia a los árbitros. Dicho con otras palabras, el poder de adscribir sentido al contrato fue conferido a los árbitros, y se extiende al escrutinio y búsqueda de significado para las cláusulas que le otorgan competencia al propio Tribunal de Arbitramento. Así, de ninguna manera el Tribunal Superior adquiere la jurisdicción originaria de los árbitros, tampoco la facultad interpretativa a ellos reservada en el pacto arbitral, sin negar la integridad del pacto arbitral y resentir la voluntad de las partes. No obstante, el juez de la anulación, de manera equivocada creó una zona inmune a la interpretación de los árbitros, pues le cerró el camino a la posibilidad de que ellos asignaran sentido a la contradicción aparente entre las cláusulas 9.7 y 17.

“Para ello, el Tribunal Superior acudió al argumento según el cual resulta claro que en lo que hace a las reclamaciones por “pasivos ocultos, contingencias, inexactitudes diferencias en las declaraciones o garantías en la cartera o en otros activos”, cuando se formula la reclamación “no existe aún diferencia alguna, ni siquiera cuando se objeta”, premisa que le autorizó a negar la existencia de una diferencia y por ahí mismo sustraer de la competencia de los árbitros la función de “interpretar” el contrato en su totalidad. Como se aprecia, a pesar de los reclamos y objeciones cruzados entre las partes, y no obstante haber fracasado el mecanismo de auditaje, el Tribunal Superior se empeña en desconocer que “diferencias” las hubo, pues ese argumento le permite a su vez negar la facultad interpretativa que podía ejercer el Tribunal de Arbitramento sobre todo el contrato, incluida la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

potestad de salvar la contradicción aparente entre las cláusulas 9.7 y 17, que en principio habilitaban para lo mismo a los auditores y a los árbitros.

“11. Y si quedase alguna duda, es de ver que para determinar los alcances de la competencia del Tribunal de Arbitramento, la Sala Civil del Tribunal de Bogotá se valió de una singular “interpretación” de las cláusulas 9.7 y 17 del contrato celebrado por las partes, de modo que, por esa vía, le arrebató a los árbitros una misión que era de su exclusivo resorte, esto es, fijar la comprensión integral del negocio jurídico. Sin duda alguna, el entendimiento de esas estipulaciones era una cuestión que, si acaso dejaba dudas, debía ser acometida por los árbitros, como en efecto lo hicieron en la primera audiencia de trámite y luego corroboraron en el laudo, sin que por vía del recurso de anulación se pueda aceptar el desdeño de la interpretación que hizo el colegio arbitral en relación con ese punto, para imponer a ultranza la que elaboró la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

“Olvidó, pues, el accionado, que la hermenéutica del contrato es un tema de juzgamiento exclusivo de la jurisdicción originaria de los árbitros y que, por lo mismo, tal materia escapaba por completo a la competencia que recibió con ocasión del recurso de anulación.

“Aunado a lo anterior, hay que decir que al abrigo del entendimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se ve sacrificado el derecho de acción, pues sobre la base de la supuesta necesidad de acudir previamente a un dictamen contable, se pospone indefinidamente la posibilidad de activar la jurisdicción –en este caso la arbitral–, cuando es bien sabido que el derecho de acción no puede sufrir mengua, ni una sentencia aniquilada, sino con estricta sujeción al régimen legal de nulidades. Así lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de 4 de diciembre de 2006 (citada por el accionante), cuando aclaró que “incluso si las partes hubieren convenido de manera obligatoria la necesidad de agotar previamente una determinada etapa de arreglo directo o el transcurso de un plazo antes de que alguna de ellas pudiese proceder a formular la correspondiente demanda (convocatoria), en ese evento, como ya se indicó, esa exigencia no podría generar efectos procesales para los árbitros, puesto que ello no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes, requisito que además de alterar indebidamente el referido ordenamiento procesal, constituiría un obstáculo inadmisibles para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 Constitucional” (Exp. No. 11001-0326000-2006- 00029-00), precedente para el cual no hubo respuesta del juez de la anulación.

“12. Comentario especial merece la forma en que el Tribunal Superior de Bogotá desestimó el argumento que el Banco de Colombia S.A. propuso acerca del saneamiento de la nulidad por falta de competencia. De modo explícito, quien replicó la demanda de anulación postuló que de haber existido la nulidad por falta de competencia, ella habría quedado saneada en tanto la parte convocada expresamente declinó la interposición del recurso de reposición, con lo cual operaron los supuestos previstos en los artículos 100, 140 y 144 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que de haber existido el vicio este quedó purgado por la tolerancia y aquiescencia del interesado en alegarlo. Frente a este planteamiento, el Tribunal Superior de Bogotá desplaza su posición argumental sin cuidarse de preservar la coherencia. Alude la Corte a que en un primer momento el Tribunal Superior admite que el mecanismo de auditores opera de modo anticipado, pues tal es el sentido de su afirmación sobre que la cuestión no podía “ser abordada directamente por los árbitros”, o que era menester “un pronunciamiento

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

previo del auditor”, algo “así como un requisito de procedibilidad”, pero dejando “a salvo la posibilidad de acudir ulteriormente ante el tribunal arbitral” o un diferendo de naturaleza jurídica “que primeramente se manifestaba en cuestiones técnicas contables”, (subraya la Corte).

“No obstante, el que primero se manifestó a ojos del Tribunal Superior como un requisito de procedibilidad, después adoptó la forma de un vicio de incompetencia, para luego mudar súbitamente en un reproche por carencia absoluta de jurisdicción, metamorfosis ayuna de explicación en la sentencia anulatoria. Esa maleabilidad del concepto constitutivo del vicio, demandaba explayar mayores explicaciones, para enfrentar el argumento del saneamiento esgrimido por el replicante. Una sentencia que se ajuste a la canónica del debido proceso, reclama coherencia y armonía interna, de modo que si el arbitramento podía emerger subsidiariamente ante el fracaso de la intervención de los mecanismos de auditaje, no puede excluirse la jurisdicción que estaban llamados a ejercer los árbitros, ni es posible la formulación de alternativas dramáticas como aquella que sugiere el dilema fundamental según el cual “el asunto era de conocimiento de la jurisdicción arbitral o no lo era”, pues el mismo Tribunal Superior ya había admitido que el asunto sí podía ser del resorte de los árbitros, aunque previo el agotamiento de un requisito de procedibilidad, situación en la cual distinto es carecer en absoluto de jurisdicción a que esa prerrogativa esté subordinada a un paso previo que según el Tribunal debía darse, cuestión que por lo demás tiene tintes de una mera divergencia de pareceres entre el Tribunal Superior y el Tribunal de Arbitramento. Dicho de otro modo, aquél juzgador concluyó la carencia de jurisdicción de los árbitros y la preeminencia del sistema de auditores, soslayando que el fracaso de ese mecanismo sirvió al Tribunal de arbitramento como soporte adicional para afincar su propia competencia.

“Síguese de ello que el hallazgo del Tribunal Superior sobre la ausencia de jurisdicción en los árbitros, resulta de haber disputado a estos la facultad de interpretar el contrato y haber reclamado para la justicia permanente el privilegio de juzgar las consecuencias del fracaso del mecanismo de los auditores. Para los árbitros, la frustración del instrumento concebido en la cláusula 9.7 abría la puerta a la justicia arbitral, para el Tribunal Superior el sistema de auditores, se erige, unas veces en precondition del arbitramento, en otras atañe a defectos de establecimiento de la autoridad arbitral y, finalmente, en impediante absoluto de la jurisdicción arbitral, situación que desvela un simple contraste de opiniones y que muestra cómo la carencia de jurisdicción es fruto de intrincadas elaboraciones hechas ad hoc, y no de una manifiesta violación de las normas contractuales fundantes de la competencia de los árbitros, tarea acometida por el Tribunal Superior moviéndose en una órbita reservada al Tribunal de Arbitramento, como que a este las partes confiaron la tarea de desentrañar el sentido de las disposiciones del contrato que según la cláusula 17 debía interpretar”²⁸.

Y en séptimo lugar, porque si lo anteriormente expuesto sobre esta materia no fuese suficiente –que evidentemente lo es y en demasía–, para concluir *i)* que la parte convocante se encontraba habilitada y/o legitimada para formular y presentar, como en efecto formuló y presentó, su respectiva demanda arbitral sin tener que supeditar el ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.P.), al agotamiento previo de condiciones establecidas en el pacto arbitral que en su

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia fechada el 28 de marzo de 2008; radicación No. T-11001-02-03-000-2008-00384-00

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

oportunidad concluyó con la parte convocante; y *ii)* que la habilitación y la competencia del Tribunal de Arbitramento no se vieron afectadas en modo alguno por la inclusión e inobservancia de tales condiciones o requisitos incorporados en la cláusula compromisoria, puesto que las mismas no pueden tener el alcance propio de los requisitos de procedibilidad consagrados en la ley, ocurre adicionalmente que el artículo 13 del Código General del Proceso, al mismo tiempo que destaca el carácter imperativo, obligatorio y de orden público que cabe predicar respecto de las normas de carácter procesal, también dispone que *“Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia –lo cual incluye a los Tribunales de Arbitramento– no son de obligatoria observancia”*.

A ello, la norma legal en cita adiciona el mandato de que *“El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda”*, todo de conformidad con el siguiente texto:

“ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. *Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.*

“Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

“Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”.

De esta forma se tiene entonces que por expresa regulación del transcrito artículo 13 del Código General del Proceso, el Tribunal de Arbitramento, en su condición de operador de justicia, debidamente habilitado para conocer del presente proceso por virtud de la cláusula compromisoria que celebraron las partes y dotado de la competencia consagrada en la Ley 1563 proferida en el año 2012, todo de conformidad con los dictados y las exigencias del artículo 116 de la Constitución Política, de ninguna manera se encontraba impedido, inhabilitado y/o sin competencia para tramitar, como en efecto tramitó, la demanda que fue formulada y presentada por la parte convocante, la cual, a su vez, no incurrió en incumplimiento alguno del pacto arbitral por no haber agotado los requisitos de procedibilidad que estipularon las partes en su pacto arbitral, comoquiera que por expreso mandato legal tales estipulaciones *“no son de obligatoria observancia”*.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Por otro lado, a propósito de la pretensión de nulidad del Contrato objeto y fuente de las controversias del presente proceso arbitral, pretensión que persigue la parte convocada en la demanda de reconvención y que también alega como excepción en su contestación a la demanda inicial, tal como se señaló en el auto No. 12 de 28 de enero de 2020, el Tribunal advierte que, en virtud de la autonomía de la cláusula compromisoria, tal como lo establecen tanto el artículo 5 de la Ley 1563 de 2012, como el artículo 2.42 del Reglamento, la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato objeto de las controversias no está llamada a afectar la cláusula compromisoria; en consecuencia, pueden someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, la eficacia y/o la validez misma del contrato, pese lo cual la decisión del Tribunal será conducente aunque el contrato objeto de las controversias pudiere resultar inexistente, ineficaz o inválido.

Por todas las razones hasta aquí expuestas se procederá a refirmar la declaratoria de competencia del Tribunal de Arbitramento y consecuentemente se denegará la excepción primera que propuso la parte convocada con su contestación a la demanda inicial, comoquiera que, contrario a lo alegado y señalado en ese libelo de defensa, para el Tribunal la controversia que se ha sometido a su conocimiento sí es arbitrable, por su contenido, su objeto y su naturaleza, puesto que la misma versa sobre asuntos patrimoniales de libre disposición (artículo 1, Ley 1563), cuestiones que no han sido objeto de discusión o de controversia dentro del presente proceso.

De la misma manera se concluye que dicha controversia sí es arbitrable desde la perspectiva del examen de la oportunidad, del momento y/o de los requisitos que se estipularon entre las partes para la formulación de la demanda arbitral, comoquiera que parafraseando los términos del transcrito artículo 13 del Código General del Proceso, se tiene que por expreso mandato legal, *<<Las estipulaciones que en este caso adoptaron las partes en su cláusula compromisoria para acceder al operador de la justicia arbitral, consistente en agotar previamente el requisito de procedibilidad constituido por una etapa previa de resolución amistosa y directa de las diferencias que surgieran, no son de obligatoria observancia ...>>*, a lo cual se debe añadir el mandato normativo de carácter obligatorio y de orden público, según el cual *“El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda”*.

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto, en este caso se han cumplido entonces en debida forma todas las etapas previas del proceso arbitral de conformidad con la Ley y el Reglamento; las partes no manifestaron hecho ni circunstancia que implique el incumplimiento de cualquier disposición legal o del Reglamento, ni objetaron los controles

de legalidad adelantados por el Tribunal durante el proceso, y no se vislumbra irregularidad o la estructuración de defecto alguno que pudiera dar lugar a alguna causal que deje sin efecto todo lo actuado o que impida decidir de fondo.

En este sentido, los presupuestos procesales, que por demás no fueron cuestionados por las partes salvo en cuanto corresponde a la referida y estudiada excepción perentoria propuesta contra la demanda inicial, presupuestos que corresponden a la demanda en forma, a la competencia del Tribunal, a la capacidad para ser parte y a la capacidad para comparecer al proceso, para el Tribunal se encuentran plenamente cumplidos y acreditados, razón por la cual se procederá al análisis y resolución del fondo de los asuntos en controversia.

2. Existencia y validez del Contrato como supuestos de la responsabilidad contractual

Estudiadas las pretensiones, deviene palmario que la demandante inicial deprecia el incumplimiento del Contrato, causado por la terminación ilegal del mismo –pretensión 4.3–, el pago de unas sumas de dinero a título de comisiones, los perjuicios causados, amén de los intereses legales moratorios y la correspondiente corrección monetaria; y que la convocante en reconvención, aparte de las súplicas relativas a la nulidad absoluta, solicita la declaración de que el mismo negocio jurídico fue incumplido por quien presentó el libelo introductorio –pretensión primera subsidiaria declarativa– con las consiguientes “pretensiones de condena” y, entre éstas, por los perjuicios materiales derivados de tal incumplimiento, junto con los intereses correspondientes.

El incumplimiento de las respectivas prestaciones emanadas de un contrato bilateral concede al contratante que ha cumplido las suyas demandar la indemnización de perjuicios; por tanto, de llegarse a desatender las obligaciones estipuladas en la forma y tiempo convenidos, los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, facultan a éste para acudir a la opción de exigir su resolución o su cumplimiento, con los consecuentes perjuicios, tal como lo prevé, en términos generales, el artículo 1613 del Código Civil, al disponer que *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*.

Dicho de otra manera, cuando se demanda la responsabilidad civil, como en este caso, por los perjuicios causados ante la inejecución de un contrato bilateral, de conformidad con esos preceptos legales, jurisprudencia y doctrina tienen precisado, de manera reiterada, que resulta menester la debida concurrencia de estos presupuestos: i) La

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

existencia de un contrato bilateral válido; ii) El ejercicio de la acción por parte de quien haya cumplido con sus respectivas obligaciones o se haya allanado a cumplirlas; y iii) El incumplimiento de las prestaciones a cargo del otro contratante.

En torno al primero de tales presupuestos, es obvio que le incumbirá al juzgador, ante todo, entrar a examinar, amén de la presencia del Contrato, la validez o invalidez del mismo, por supuesto que si ese acuerdo es el aportado como apoyo de las obligaciones sobre las cuales se comprometieron las partes, al tenor del artículo 1602 del Código Civil, debe salir avante del examen que en ese sentido se efectúe.

Como la ha expresado la jurisprudencia, en procesos como el que ahora ocupa la atención del Tribunal

“...Por imperativo legal tiene el juez que comenzar su juicio crítico en torno a la validez o invalidez del contrato que se busca resolver y que el demandante cita como fuente de las obligaciones del demandado, que aquel alega como incumplidas por éste: si su deducción en el punto es la de que el pacto no es legalmente válido, su sentencia tiene que ser negativa, pues en tal supuesto a la pretensión le faltará el primero de sus presupuestos axiológicos”. (G.J.,t. CLXVI, pág. 313).

Sobre el segundo requisito, es claro que la acción alternativa que concede la ley, de resolución o de cumplimiento, se otorga únicamente al contratante cumplido o que ha estado presto a hacerlo respecto de las obligaciones que le incumben, en la forma y tiempo debidos.

Y desde luego esta acción únicamente se puede incoar frente a quien de manera injustificada no satisface los compromisos a su cargo.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

“Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la corte,...al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos, ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde” (G.J.,t. CLIX, pág. 306).

Por supuesto, para la imposición de los correspondientes perjuicios, ha de estarse en presencia de un daño, amén de la pertinente relación de causalidad entre la existencia del desmedro patrimonial o, en su caso, extrapatrimonial, y la conducta de quien faltó a sus correlativas prestaciones.

2.1 De la existencia del Contrato de Prestación de Servicios de Consultoría

En este asunto están claras la existencia y celebración del Contrato, aspecto declarado como cierto por ambas partes y puesto de presente en sus respectivas demandas, lo cual se evidencia igualmente con los documentos del Contrato y el Otrosí No. 1 que obran en el expediente del presente proceso, tal como ya se anotó.

Acreditada la existencia del Contrato, en cuanto el caso que nos ocupa gira en torno a un asunto de responsabilidad civil contractual y comoquiera que el examen de las obligaciones de las partes requiere de forma previa y expresa el análisis de validez del Contrato, a lo cual se une la circunstancia de que dicha validez ha sido cuestionada de fondo por la parte convocada, tanto mediante la excepción propuesta en ese sentido frente a la demanda inicial como a través de la pretensión primera principal declarativa de su demanda de reconvención, parte que persigue la declaratoria de nulidad del Contrato por considerar que adolece de objeto y causa ilícitos, el Tribunal pasa a ocuparse de examinar la validez del referido Contrato, para entonces, una vez resuelto ese asunto abordar, en cuanto a ello haya lugar, el estudio del cumplimiento de las obligaciones por las partes y a partir de ahí los demás supuestos de la responsabilidad contractual.

2.2 De la validez del Contrato de Prestación de Servicios de Consultoría

En mayo de 2014 la señora María Patricia Asmar Amador ofreció sus servicios de asesoría profesional a Uninpahu para escalar los programas universitarios de la institución a través de su articulación con los programas tecnológicos del SENA.

El servicio ofrecido se desarrollaría en un esquema en el que María Patricia Asmar Amador aplicaría su experiencia y conocimientos del sector educativo para asesorar a Uninpahu en la negociación e implementación de un acuerdo con el SENA para articular sus programas en una cadena de formación que atrajera a los egresados de SENA a Uninpahu para su profesionalización y de esa manera la institución universitaria aumentaría el número de estudiantes.

La señora Myriam Velásquez Bustos, rectora y representante legal de Uninpahu al tiempo de la celebración del Contrato, en su declaración testimonial fue clara al manifestar que el Contrato se celebró previo análisis profundo por varias instancias de Uninpahu y con la aprobación del Consejo Superior, en busca de la oportunidad de incrementar el número de estudiantes matriculados (audiencia del 4 de marzo de 2020). Por su parte, Uninpahu crearía un grupo interdisciplinario para coordinar los aspectos académicos, administrativos, financieros y operativos de la oferta a los egresados del SENA.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

La remuneración de la señora María Patricia Asmar Amador estaba ligada al éxito, porque equivalía a un porcentaje del costo de la matrícula pagada por cada estudiante “nuevo o antiguo” por cada período académico desde julio de 2014 a diciembre de 2018.

La hoy convocante María Patricia Asmar Amador tenía amplia experiencia en asuntos curriculares, en cuanto fue responsable a nivel nacional del proyecto de Registro Calificado de Programas Universitarios de Pregrado, del Decreto de Créditos Académicos y Flexibilidad Curricular en la Educación Superior, Subdirectora de Fomento de la Educación Superior del Instituto Colombiano de Fomento a la Educación Superior – ICFES– y Directora General de esta institución, Directora Regional del SENA y consultora de varias instituciones educativas sobre la materia²⁹.

La oferta presentada el día 21 de mayo de 2014 mediante correo electrónico dirigido por María Patricia Asmar Amador a Myriam Velásquez Bustos, cuya identificación, integridad y disponibilidad digital fue certificada por Adalid Corp (folios 228 – 243 del cuaderno de pruebas No. 3), dio paso a la suscripción del Contrato entre María Patricia Asmar Amador y Uninpahu el 1º de junio de 2014.

Para que el contrato sea válido se requiere la capacidad de las partes, que su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y tenga una causa lícita (artículo 1502, Código Civil). En el presente caso, la convocante pide en la demanda inicial que se declare la existencia del Contrato, mientras la convocada persigue con sus excepciones de mérito a la demanda inicial y con la demanda de reconvención, que se declare que el Contrato está viciado de nulidad por objeto y causa ilícitos. No hay controversia sobre la capacidad de las partes para obligarse, ni sobre su actuar libre y espontáneo.

Por esa razón el Tribunal centrará su análisis en la licitud del objeto y de la causa del aludido Contrato.

2.2.1 Denominación y naturaleza del Contrato

El Contrato suscrito el 1º de junio de 2014 por la señora María Patricia Asmar Amador y Uninpahu fue denominado como un contrato de prestación de servicios profesionales de consultoría. En su encabezado y en la cláusula 11 las partes se esmeran en indicar que el Contrato no generaría relación laboral entre ellas; que no habría relación de

²⁹ Contestación a la demanda de reconvención, folio 54 del cuaderno principal No. 2

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

subordinación o dependencia entre María Patricia Asmar Amador y Uninpahu y que por lo tanto ella no tendría derecho a la remuneración por prestaciones sociales que se deriva de los contratos de trabajo. Sobre la ausencia de relación laboral no hay discusión en el proceso.

Si bien la denominación con la cual se identifica, se reseña, se titula o se pretende distinguir un específico vínculo obligacional suele ser muy significativa e importante para establecer su tipo y en veces para determinar su propio alcance, lo cierto es que, como reiteradamente lo ha puesto de presente la jurisprudencia de los más altos tribunales de administración de justicia en Colombia, la determinación concreta de la tipología y la naturaleza de un específico contrato corresponderán y estarán definidas por sus elementos esenciales específicos, independientemente de que ellos coincidan, o no, con la denominación o el rótulo que le hubieren atribuido sus partes. Elementos esenciales del negocio son aquellos que constituyen lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente y el sentido en que quieren hacerlo, por manera que si las partes guardan silencio acerca de estos elementos, el negocio por ellas deseado no se hallará en condiciones de producir todos sus efectos o derivará en un vínculo diverso.

La naturaleza del contrato o la identificación del tipo negocial tampoco depende en exclusiva, ni siquiera principalmente, de la denominación dada por las partes, sino de la función económica – social que el acto está llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate³⁰.

**2.2.2 De la tipicidad de los contratos de prestación de servicios
profesionales y de consultoría en la contratación estatal**

Al respecto cabe señalar que a lo largo de las codificaciones comercial y civil, en estricto rigor jurídico no existe la tipificación normativa de un específico “contrato de prestación de servicios profesionales”, como tampoco del “contrato de consultoría”, como sí los establece la Ley 80 expedida en 1993 que rige la contratación estatal.

Ciertamente, la citada Ley 80, después de consagrar en el inciso primero de su artículo 32 la definición de la figura de los “Contratos Estatales”, a la altura de sus numerales 2º y 3º identifica de manera independiente y autónoma los elementos que integran, por un

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Expediente No. 25000-23-26-000-1994-00071-01; radicación No. 14390. Actor: Compañía De Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda.. Demandada: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D. C.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

lado el referido contrato de consultoría, en sus diversas modalidades –*ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión; interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos*–, y por el otro lado el contrato de prestación de servicios, también en sus diferentes modalidades –*profesional, de simple apoyo a la gestión, y de ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales*–, todo según los términos de la norma legal en cita.

En ese contexto normativo, el contrato de prestación de servicios es definido como aquel que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad estatal, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable (artículo 32).

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de ciertas expresiones contenidas en la norma referida, precisó las características del contrato de prestación de servicios, de las cuales se destaca que el objeto de la prestación lo constituye una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación, formación profesional en determinada materia de la persona con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales³¹.

Por su parte los contratos de consultoría también están definidos en la Ley 80 expedida en el año de 1993, como aquellos que celebran las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ambos contratos en mención tienen por objeto la ejecución de una obra inmaterial de carácter intelectual y por ende intangible.

La diferencia entre uno y otro en el derecho público radica en la estricta tipicidad cerrada que condiciona de manera detallada la procedencia del contrato de consultoría, mientras

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997

que el de prestación de servicios goza de una regulación jurídica amplia que se instrumentaliza por vía de contratos de prestación de servicios profesionales propiamente dichos, contratos de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión y contratos de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales. El objeto del contrato de prestación de servicios profesionales está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional. El objeto contractual del de consultoría está centrado hacia el desarrollo de prestaciones que implican el despliegue de actividades de carácter eminentemente intelectual, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos están dirigidos a cuestiones eminentemente técnicas, específicamente al cumplimiento de ciertos cometidos definidos de manera expresa por el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993³².

2.2.3 De la atipicidad de los contratos de prestación de servicios profesionales y de consultoría en el régimen civil

El contrato es atípico cuando no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento. Dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos, ha dicho la jurisprudencia, son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico – social se encuentre conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan.

En relación con este último aspecto, según la jurisprudencia son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, mediante un proceso de auto-integración, las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante³³. No obstante lo dispuesto en el encabezado del Contrato que se examina, el Tribunal concluye que este se rige por las estipulaciones en él contenidas y, en general, por la ley civil y no por la mercantil, dada la naturaleza jurídica de las partes

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia fechada el 22 de octubre de 2001; exp. 5817

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

intervinientes, que son por un lado, una entidad sin ánimo de lucro y por otro, una persona natural, ninguna de las cuales es comerciante y porque además dicho negocio jurídico no constituye un acto de comercio, según el artículo 23 del Código de Comercio.

Ahora bien, dado que, tal como ya se indicó, en el campo del derecho privado no existe propiamente una tipificación legal específica de los contratos de prestación de servicios profesionales, como tampoco de los contratos de consultoría, amén de que el contenido del Contrato celebrado entre las partes convocante y convocada, en principio, no encuadra plenamente en alguno de los tipos que la ley contractual civil disciplina y regula de manera íntegra, se impone acudir entonces a la aplicación de aquellas reglas y pautas que la jurisprudencia ha identificado para los contratos atípicos.

Siguiendo tales orientaciones, para el Tribunal la regulación legal más adecuada o próxima al contenido y alcance de las obligaciones y prestaciones del vínculo que en este caso perfeccionaron las partes el 1º de junio de 2014, es aquella que corresponde al <<Contrato de Arrendamiento de Servicios Inmateriales>> que el Código Civil recoge en sus artículos 2063 a 2069, a cuya regulación se integran algunas disposiciones previstas para los “Contratos para la Confección de una Obra Material” (artículos 2054, 2055, 2056 y 2059).

Según el artículo 2144 del Código Civil, *“los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*. La Corte Suprema de Justicia ha sentado reiterada jurisprudencia para señalar que cuando el servicio no conlleve la representación, el contrato se regirá por las reglas del arrendamiento de servicios y no por la regla del mandato. Considera la Corte Suprema de Justicia que para determinar en cuál de los contratos se enmarca un determinado vínculo se ha de considerar si el obligado contrae la obligación de representar a la otra persona, caso en el cual hay mandato o si, por el contrario, dicha condición no hace parte del acuerdo, caso en el cual se estará ante arrendamiento de servicios inmateriales³⁴.

“Dentro de estos conceptos, el texto del artículo 2144 del C.C., según el cual ‘los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato’, no puede entenderse en el sentido disyuntivo que ofrecen sus términos, sino en el de la concurrencia del servicio con la representación de la persona a quien se presta; porque si el mandato supone especialmente un acto jurídico de obligatoriedad para el mandante, resulta a todas luces inaceptable la sola posibilidad de que llegue a estructurarlo el simple servicio del médico que ejecuta una operación quirúrgica, o el del mismo abogado que se encarga de la confección de una

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC5669-2018 del 19 de diciembre de 2018

*minuta, no obstante suponer tales servicios los dilatados estudios profesionales
que supone el texto*³⁵.

El Contrato que aquí se examina no conllevó para la señora María Patricia Asmar Amador la facultad de representación de la universidad contratante. De él no emana facultad o poder para celebrar en nombre de la universidad actos o negocios jurídicos, por lo que está llamado a regirse por las reglas del arrendamiento de servicios y no por las reglas del mandato.

2.3 Del objeto del Contrato

El Contrato suscrito entre María Patricia Asmar Amador y Uninpahu tuvo por objeto el despliegue del esfuerzo personal, el saber hacer de la convocante en dos etapas: una, la gestión del Convenio SENA – Uninpahu y otra, ampliar la cobertura de Uninpahu.

El Convenio SENA – Uninpahu es aquel por el cual se establece una relación entre el SENA y la institución de educación superior que permite a esta ofrecer a los estudiantes que cursaron en dicha entidad pública ciertos programas técnicos o tecnológicos previamente aceptados, homologar créditos o materias para continuar su formación profesional. La obligación de gestionar el Convenio SENA – Uninpahu tenía el siguiente alcance, según reza la cláusula 1 del Contrato:

“Gestión Convenio SENA- UNINPAHU: Asesorar a Uninpahu en la gestión de acercamiento con las instancias pertinentes del SENA Regional Bogotá, con el fin de que Uninpahu y el SENA conozcan las oportunidades de Alianza (sic) para ambas instituciones, en particular lo que se refiere al análisis de posibles descuentos para miembros de la comunidad SENA al cursar programas universitarios de Uninpahu, logrando así que los egresados de programas tecnológicos del SENA continúen su proceso de formación universitaria en Uninpahu; gestión que se entenderá por realizada en el momento de la suscripción de un Convenio de Alianza entre Uninpahu y el SENA”.

La cláusula 2 del Contrato señaló como obligación de la contratista en la etapa de gestión del Convenio SENA – Uninpahu, realizar la gestión de acercamiento de Uninpahu con el SENA para la suscripción del mismo. Labor de acercamiento es la misma que desarrolla el mandatario sin facultades de representación; quien ejecuta un encargo, sin el poder de obligar a su mandante. O la que desarrolla quien hace promoción, “lobby” o cabildeo, entendido este como el contacto de carácter personal y privado que tenga por objeto, precisamente, promocionar, defender, divulgar o presentar las capacidades y/o el interés de una persona o entidad ante otra que tendrá la posibilidad de conocer y evaluar dichas

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de febrero de 1952

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

informaciones de promoción, divulgación o presentación, para la adopción de decisiones que se encuentran a su cargo.

En este caso, el objetivo lo constituyó el acercamiento entre la Uninpahu, que tenía la credencial de institución de educación superior, unos programas acreditados, la infraestructura física adecuada y la necesidad de más estudiantes y de aumentar sus ingresos por matrículas, por un lado y por el otro el SENA, que tiene el interés de ofrecer el acceso a sus egresados a programas profesionales, en condiciones favorables, para aumentar su empleabilidad. El testimonio de Myriam Serna Alvarez permite entender cómo el convenio de cadena de formación se celebró en interés de ambas instituciones. Al respecto ella manifestó:

“En ese sentido es la doctora María Patricia y la doctora Myriam Velásquez quienes manifiestan el interés de suscribir este convenio indicando cuáles son los programas que actualmente tenía Uninpahu, que permitiría en un momento dado generar cadena de formación con los egresados de los centros de formación que manejaran la tecnología medular asociada a esos programas de formación, básicamente así surgen la suscripción de estos convenios.

“Quién los aprueba, es el consejo regional, nuestro director regional debe convocar un consejo directivo regional y allí soportar la información técnica que permita entender que ese convenio le va a generar beneficios a los aprendices vinculados a los centros de formación, entonces punto de partida, repito, identificación de necesidades transmitidas a través de la doctora Myriam Velásquez y de la doctora María Patricia Asmar, se hacen reuniones previas a la suscripción en donde es fundamental entender cuál es la intención de la entidad con vincularse directamente a través de un convenio interinstitucional.

“Una vez identificada la necesidad del SENA a través de sus centros de formación y de la institución que está solicitando la posibilidad de suscripción de convenio viene todo un proceso de aprobación de convenio, suscripción, perfeccionamiento y convocatoria formal tal como lo establece en las obligaciones de la minuta de hacer parte de un comité coordinador del convenio en donde se establece plan operativo, anual y las diferentes acciones que se deben hacer tanto con lo del enlace de Uninpahu como con el enlace de los diferentes centros de formación involucrados y el profesional responsable de la Regional Distrito Capital que debe hacerle seguimiento y control a la efectividad e impacto del convenio”.

Si bien Uninpahu, tanto en su contestación a la demanda inicial como en su demanda de mutua petición, tal como ya se ha reseñado ampliamente a lo largo del presente laudo, sostiene que el Contrato que celebró el 1º de junio de 2014 con la señora María Patricia Asmar Amador estaría viciado de nulidad absoluta por ilicitud en su objeto, al respecto se limitó a citar y/o a transcribir las normas legales contenidas en los artículos 1502, 1741, 1742 y 1746 del Código Civil, las cuales consagran de manera general el régimen de la nulidad absoluta de los contratos, al igual que establecen sus causales, sus efectos y la procedencia de su declaratoria, pero, bueno es reiterarlo, tanto las que fueron citadas por

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

esa parte convocada como las que aquí se pasan a señalar sobre la materia, son disposiciones que en principio y con directa referencia a la figura de la nulidad absoluta, se quedan en el plano general o abstracto, en cuanto las mismas únicamente consagran:

- i).- Que “En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa” (artículo 6, Código Civil);*
- ii).- Que “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato” (artículo 1740, Código Civil);*
- iii).- Que “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas” (artículo 1741, Código Civil);*
- iv).- Que “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” (artículo 1519, Código Civil);*
- v).- Que “Hay un objeto ilícito en la enajenación: “1o.) De las cosas que no están en el comercio. “2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. “3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”. (artículo 1521, Código Civil);*
- vi).- Que “Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes” (artículo 1523, Código Civil);*
- vii).- Que “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley” (artículo 1742, Código Civil); y*
- viii).- Que “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita” (artículo 1746, Código Civil).*

De los hechos que la convocada refiere tanto en sus libelos de contestación a la demanda inicial y de demanda de reconvención, como de aquellos que reseñó en sus alegatos de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

conclusión en cuanto resultado de su análisis de las pruebas regularmente acopiadas durante el proceso, el Tribunal entiende e interpreta que para ese extremo de la litis la ilicitud del objeto se habría configurado por razón de *(i)* la condición que antes de la celebración y ejecución del Contrato en cuestión tuvo la convocante, por haber sido funcionaria directiva de la Regional Bogotá del SENA; *(ii)* los servicios prestados eran para obtener de una entidad pública un resultado que ésta debía producir en ejercicio de sus funciones; *(iii)* las gestiones de agilización, celeridad e impulso que en desarrollo y/o ejecución de sus obligaciones contractuales la convocante desplegó ante las referidas directivas de la Regional Bogotá del SENA en procura de concretar los propósitos e intereses de Uninpahu, con la ulterior finalidad de obtener de esos resultados su correspondiente beneficio económico.

Este entendimiento del Tribunal acerca de la ilicitud en el objeto que para el presente caso alega la convocada, encuentra confirmación en la manifestación expresa que acerca de los aspectos señalados consignó esa misma parte convocada en sus alegaciones finales al señalar que *“No por nada la Ley 1474 de 2011 (conocida como estatuto anticorrupción) amplió las prohibiciones para los antiguos funcionarios de las entidades públicas”*.

Nótese que en esta oportunidad la aplicación que solicita y/o la referencia que hace la convocada acerca de la citada Ley 1474, *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*, también se formula de manera genérica y abstracta, sin precisar cuál de sus 135 artículos sería exactamente la norma o disposición que en este caso se habría infringido o contravenido con la celebración del Contrato cuya declaratoria de nulidad absoluta deprecia.

No obstante lo anterior, con la finalidad de avanzar hasta donde al Tribunal le resulta posible, a pesar de la anotada ausencia de precisión y de concreción en cuanto a la aplicación legal que se pretende, ello en atención a la exhaustividad que exige y amerita la dilucidación del tema que aquí se estudia, se encuentra que la materia directamente relacionada con las limitaciones que la aludida Ley 1474 impuso *“para los antiguos funcionarios de las entidades públicas”* es aquella que se encuentra regulada en sus artículos 3 y 4.

Así, a través del señalado artículo 3 de la Ley 1474 se adicionó el numeral 22 al artículo 35 de la Ley 734 dictada en el año 2002, *“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*, norma legal que, en consecuencia, corresponde al siguiente contenido vigente:

“ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

“

“22. Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

“Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

“Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados”.

No escapa al Tribunal la dificultad y hasta la imposibilidad que entraña la aplicación de la norma legal transcrita por razón de la forma inapropiada en que la misma se encuentra consagrada, ello por cuanto su enunciado inicial y general se dirige claramente a establecer “prohibiciones a los servidores públicos”, pero en su numeral 22 no se ocupa de ellos sino que se refiere a quienes ya perdieron esa condición, a quienes ya no son servidores públicos, a quienes dejaron de serlo, a quienes comúnmente se conocen como “ex servidores públicos”, asunto que no resulta de poca monta comoquiera que el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades –al igual que ocurre con el régimen de las nulidades– exige una interpretación restrictiva, literal y taxativa.

Ahora bien, si se deja de lado la anotación arriba expuesta, encuentra el Tribunal que la norma legal en cita establece, para el caso que aquí interesa, dos prohibiciones diferentes, amén de que la configuración de cada una de ellas exige que se reúnan los elementos que conforman o estructuran cada una de ellas, así: la primera prohibición dice relación con la restricción que se impone a quienes fueron servidores públicos de una determinada entidad estatal, para prestar sus “servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo”, la cual se extiende por “el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios”.

La segunda prohibición comprende las actuaciones enunciadas “respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de sus funciones”. Según la propia norma, han de entenderse “por asuntos concretos ... de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe[n] sujetos claramente determinados”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

Al contrastar las prohibiciones que consagra la norma legal transcrita con los elementos de acreditación allegados al proceso, para el Tribunal resulta claro que, además de que no existe dentro del plenario prueba alguna que permita identificar cuáles fueron exactamente las “funciones propias del cargo” –únicas a las cuales cobija la primera prohibición– que la señora María Patricia Asmar Amador desempeñó en su condición de funcionaria del SENA, de su declaración bajo juramento se desprende que esa condición la desempeñó “... desde el año 2003 al año 2008 ...”, por manera que la limitación que aquí se revisa, en el más extremo de los casos, debía tenerse por finalizada en el año 2010, es decir cuando venció el término de los dos (2) años siguientes a su retiro de esa entidad pública.

Así pues, resulta claro que para el mes de junio de 2014, cuando inició la ejecución del Contrato celebrado entre las partes de la presente litis, ya no era posible enrostrarle a la convocante la pretermisión, la contravención, el desconocimiento o la violación de la prohibición que se viene comentando.

En cuanto corresponde a la aquí señalada como segunda prohibición del transcrito artículo 3 de la Ley 1474 dictada en el año 2011, el Tribunal extraña por completo la existencia de prueba alguna que le permitiera establecer con certeza que la convocante, en su entonces condición de servidora pública al servicio del SENA, hubiere adoptado decisión alguna concreta en ejercicio de sus funciones acerca de la suscripción del convenio con Uninpahu, de cuya gestión y suscripción se ocupó posteriormente en el año 2014. Si bien la señalada orfandad probatoria acerca de este específico aspecto fáctico resulta más que suficiente para que el Tribunal deba concluir que no existe manera alguna de que pueda tener por configurada en este caso la referida prohibición segunda del mencionado artículo 3 de la Ley 1474 dictada en el año 2011, también cabe agregar que por inferencia lógica es posible suponer y/o deducir que si precisamente fueron las gestiones y la asesoría que la convocante brindó a la convocada las que derivaron en la suscripción del mentado Convenio SENA-Uninpahu en el año 2014, no resulta coherente entonces asumir que en relación con ese mismo asunto concreto a la señora María Patricia Asmar Amador le hubiere correspondido adoptar decisiones en el lapso que transcurrió entre los años 2003 a 2008, durante los cuales dijo haber ostentado la condición de servidora pública al servicio del SENA.

Por lo demás –incluso si se hubieren tenido por acreditados en el proceso los elementos fácticos exigidos por la normativa legal en cita para que operen las prohibiciones correspondientes–, también anota el Tribunal que en los asuntos sometidos a su conocimiento no habría podido aplicarse en modo alguno la norma legal que consagra las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

prohibiciones que aquí se han revisado, es decir el artículo 3 de la Ley 1474 dictada en el año de 2011, cuerpo normativo cuya aplicación invocó de manera genérica la convocada, por la imposibilidad constitucional (artículo 29 C.P.), de reconocerle efectos retroactivos a esa disposición –máxime en cuanto la misma establece prohibiciones– puesto que cuando la referida Ley 1474 entró a regir, el 12 de julio del año 2011, de conformidad con los dictados de su artículo 135, ya para ese momento la señora María Patricia Asmar Amador había dejado de ser servidora pública del SENA e incluso llevaba más de tres años desde la cesación de esa condición, por lo cual no era destinataria de sus mandatos legales.

Por su parte el también señalado artículo 4 de la Ley 1474 adicionó, con la letra f), el numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 dictada en 1993, *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, por manera que el nuevo texto de la norma adicionada quedó así:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

“1o. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“ ”

“2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

“ ”

“f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

“Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público”.

La más desprevenida lectura de la norma legal que acaba de transcribirse pone en evidencia que la misma se encamina a limitar y/o a prohibir la celebración de contratos con las entidades estatales, limitación y/o prohibición que opera en aquellos casos en los cuales se configuren las causales allí señaladas.

Resulta claro entonces que no pueden participar en licitaciones ni pueden celebrar contratos estatales con la respectiva entidad estatal, aquellas *“personas –o sus parientes en primer grado– que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título,*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios”.

En el presente caso resulta fuera de cualquier duda que la prohibición mencionada no está llamada a operar en el presente caso –y, por tanto, no hay manera de que se hubiera podido dar aplicación a la misma–, ello por la sencilla pero potísima razón de que dentro del presente litigio no se examina contrato estatal alguno –que por definición legal exige que en su celebración participe como una de sus partes una entidad estatal (artículo 32, Ley 80 de 1993)– de lo cual se desprende entonces que esa disposición legal no pudo ser transgredida o violada con la celebración del contrato de derecho privado que concluyeron entre sí únicamente Uninpahu y María Patricia Asmar Amador.

No obstante la conclusión que se deja expuesta, según la cual y por las razones que se han desarrollado, resulta evidente que en el presente caso no es viable aplicar las normas legales en cita, en cuya virtud se consagran y se establecen las prohibiciones que han quedado señaladas, para que de tal aplicación se pudiese derivar la configuración de una transgresión, de una violación o de una contravención de normas que integran el derecho público de la Nación y, como consecuencia de ello, declarar la nulidad absoluta del Contrato en examen, amén de que no se encuentra tampoco que dicho vínculo obligacional estuviere prohibido o proscrito por las normas legales que se han revisado, no obstante lo anterior –se repite– el Tribunal encuentra que el examen realizado a dichas normas legales también obliga a concluir que, salvo en aquellos aspectos fácticos y temporales estrictamente prohibidos, de ninguna manera puede tenerse como prohibido o como ilícito –sino que, *contrario sensu*, ha de tenerse como lícito y como válido– que quien haya sido servidor público de una determinada entidad estatal preste, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, de representación o de asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeñó después del vencimiento del término de dos (2) años siguientes a la dejación de ese cargo, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, siempre que no tenga relación con asuntos concretos que dicho servidor público hubiere conocido en ejercicio de sus funciones.

Así pues, además de los análisis que ha podido realizar el Tribunal a partir de la invocación genérica que de las normas legales antes revisadas efectuó la parte convocada en apoyo tanto de su excepción, como de su pretensión en reconvención, análisis que con base en lo ya expuesto obligan a descartar la alegada violación de dichas normas, cabe agregar que en tales actuaciones ese extremo de la litis no indicó en forma más precisa (*i*) cuáles habrían sido aquellas normas legales que de manera clara habrían contenido una expresa prohibición respecto de la celebración del Contrato que se examina, para que pudieran

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

desprenderse las consecuencias previstas en los artículos 6 y 1523 del Código Civil; o (ii) cuáles exactamente habrían sido, para el presente caso, los requisitos que la ley habría prescrito para el valor del Contrato en estudio y cuáles habrían sido las normas legales que establecieron la exigencia de tales requisitos, de conformidad con las previsiones de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil; o (iii) cuáles habrían sido exactamente las normas que, integrantes del derecho público de la Nación, se habrían contravenido con la celebración del Contrato que se examina y que habrían dado lugar a la configuración de la causal consagrada en el artículo 1519 del Código Civil.

Añádese a lo dicho que las normas que rigen la educación superior (Ley 30 de 1992) no les prohíbe a las instituciones universitarias celebrar contratos de prestación de servicios profesionales con fines de consultoría. Al contrario, frecuentemente acuden a esta forma de contratación para dotarse de recursos o instrumentos para el cumplimiento de sus objetivos, por ejemplo la contratación de profesores, investigadores, consultores.

Según los lineamientos seguidos por la doctrina y la jurisprudencia, el objeto en los actos jurídicos debe mirarse desde dos puntos de vista: el primero, en sentido genérico o abstracto como la voluntad, la intención o el querer que tienen las partes en su formación en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que les asiste para regular determinadas relaciones jurídicas con incidencia en la esfera de su patrimonio; y el segundo, en sentido específico, que se refiere, ya tratándose de un contrato, a las prestaciones propias de las obligaciones derivadas del mismo que se traducen en un comportamiento del deudor consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, y finalmente también en los hechos o cosas materialmente consideradas, todo según lo que expresen las partes en el correspondiente acto o contrato, o, ante su silencio, el legislador.

Así, la obligación de gestionar la suscripción del Convenio SENA – Uninpahu era una obligación de medios que consistía en la realización de gestiones para que los futuros contratantes conocieran las oportunidades recíprocas de alianza, siendo el resultado esperado la suscripción del convenio, pero no era la suscripción del convenio por parte del SENA su obligación. Dicho de otra manera, María Patricia Asmar Amador no se obligó a que el SENA suscribiera el convenio con la Uninpahu; mal habría podido asumir una obligación de resultado, porque ella no tenía la capacidad o el poder de control sobre ese acto de la entidad pública.

Las obligaciones de medios se definen como aquellas en las cuales el deber del deudor es el de observar una conducta tal que mediante ella emplee todos los medios razonables a su alcance –esto es, los conocimientos, la experiencia, los recursos materiales, la diligencia– para obtener el resultado esperado por el acreedor, pero sin garantizar su

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

logro. En este sentido, el incumplimiento se configura cuando no se emplean, no se despliegan, no se utilizan dichos medios, o cuando se prestan los servicios correspondientes pero sin tener los conocimientos o la experiencia suficientes para ello; o cuando no se utilizan los recursos científicos y técnicos disponibles; o cuando no se obra con la diligencia ordinaria requerida, todo lo cual refleja de entrada la existencia de culpa; vale decir, de un error de conducta que conduce a la valoración negativa del comportamiento del profesional.

En el presente caso se tiene establecido que María Patricia Asmar Amador se obligó en junio de 2014 a hacer las gestiones conducentes con la finalidad de procurar la firma del Convenio SENA – Uninpahu y que dicho Convenio SENA – Uninpahu se suscribió el 3 de octubre de 2014.

Dicho acto implicaba en la fase preoperativa la revisión y aprobación de la minuta por parte de Uninpahu. El Tribunal considera que habiéndose obtenido el resultado no es menester adentrarse en el análisis de si la conducta de la deudora fue diligente, cuidadosa y acuciosa; sería propio hacerlo si el resultado no se hubiera obtenido. En ese caso, le habría correspondido a ella probar la ausencia de culpa, demostrando que obró con toda la prudencia y la diligencia que las circunstancias exigían y permitían.

El Contrato establece además que la gestión se entiende realizada en el momento de la suscripción del Convenio SENA – Uninpahu y está probado en el proceso que ello ocurrió en octubre de 2014.

La suscripción del Convenio de Alianza entre Uninpahu y el SENA constituía la condición necesaria para darle paso a la segunda etapa de la consultoría consistente en la implementación y aprovechamiento de la alianza, con el siguiente alcance, según la misma cláusula 1:

“Ampliación de cobertura de Uninpahu: Fortalecer la estrategia de ampliación de cobertura de Uninpahu, por medio de la orientación en la implementación y ejecución de un programa de articulación en cadena de formación de los programas tecnológicos del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – con los programas universitarios de Uninpahu”.

El contenido obligacional está señalado en la cláusula 2 del mismo Contrato.

En este punto el Tribunal estima necesario e importante poner de presente que si bien el régimen legal al que se viene haciendo alusión, concretamente el artículo 1742 del Código Civil, le impone al juez de conocimiento el deber de declarar en forma oficiosa la nulidad absoluta del contrato que se haya sometido a su examen, no es menos cierto que el

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

cumplimiento de ese deber se encuentra supeditado a los eventos en que –según las precisas expresiones de la norma en cita– dicha “*nulidad absoluta ... aparezca de manifiesto en el acto o contrato*”, lo cual significa que en aquellos otros casos en los cuales no se cumple esa premisa normativa y, por tanto, la mencionada nulidad absoluta no aparece de manifiesto en el acto o contrato o al menos no alcanza a tener ese carácter, quien pretende la correspondiente declaratoria de nulidad continúa con el deber de satisfacer a plenitud su respectivo *onus probandi*, de conformidad con los dictados imperativos del inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso.

Así pues, el Tribunal no encuentra ilicitud en el objeto; al interpretar la demanda de reconvención tampoco encuentra que haya imputación clara y precisa de ilicitud a este objeto del Contrato, pues el hecho sexto de ese escrito solamente alude a la obligación de gestión ante la entidad pública, que por las razones expuestas se considera lícita.

2.4 De la causa del Contrato

La causa lícita es un requisito para la validez de los contratos (artículo 1502, Código Civil). La causa debe ser real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente (artículo 1524, Código Civil). Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1524, Código Civil).

La jurisprudencia ha puntualizado que la causa ilícita hace referencia a la promesa de una contraprestación por realizar algún hecho inmoral, criminal, atentatorio contra las buenas costumbres o el orden público y que para que la ilicitud genere nulidad es necesario que sea compartida por las partes. Es decir, que cuando las partes celebran un contrato por motivos netamente ilícitos, lo cual es compartido y conocido por todos los contratantes, este necesariamente será ilícito”³⁶.

La causa del Contrato celebrado entre María Patricia Asmar Amador y Uninpahu se desprende de la propuesta presentada en mayo de 2014. La institución de educación superior que contaba con cinco programas acreditados, tenía un gran potencial de crecimiento y requería implementar programas y proyectos orientados a escalar el número de estudiantes e incrementar los ingresos por matrículas. La oportunidad consistía en diseñar y ejecutar un programa de articulación de los programas de Uninpahu con los del SENA, orientado a fortalecer la estrategia de ampliación de cobertura de la entidad.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia fechada en 20 de octubre de 2016. Referencia T-5.610.171; Sentencia T-574/16

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

A la luz de los dictados legales y las orientaciones jurisprudenciales, en el presente caso el Tribunal no encuentra, ni de los hechos relatados por la convocada en su contestación a la demanda inicial, ni de los hechos de su demanda de reconvención, ni de sus alegatos de conclusión, ni de las pruebas recaudadas en el proceso, que el Contrato celebrado entre las partes el día 1º de junio de 2014 realmente hubiere contenido o hubiere versado, en forma objetiva y comprobada, acerca de una *promesa de una contraprestación por realizar algún hecho inmoral, crimen, atentar contra las buenas costumbres o el orden público*. Tampoco encuentra el Tribunal que la causa del Contrato en estudio efectivamente hubiere estado *prohibida por la ley, o que resultare contraria a las buenas costumbres o al orden público*.

Mal podría considerarse que hay causa prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público en la celebración de un contrato que, según se dejó señalado en el desarrollo del aparte anterior –referido al estudio del alegado objeto ilícito–, en cuanto el análisis del artículo 3 de la Ley 1474 expedida en 2011 obligó a concluir que, salvo en aquellos aspectos fácticos y temporales estrictamente prohibidos, de ninguna manera puede tenerse como prohibido o como ilícito –sino que, *contrario sensu*, ha de tenerse como lícito y como válido– que quien haya sido servidor público de una determinada entidad estatal preste, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, de representación o de asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo después del vencimiento del término de dos años siguientes a la dejación del respectivo cargo, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, siempre que no tenga relación con asuntos concretos que dicho servidor público hubiere conocido en ejercicio de sus funciones.

En ese sentido el Tribunal no encuentra de recibo, a la luz de los razonamientos y las conclusiones que se han expuesto, la afirmación de la convocada en cuanto pretende sostener que la causa ilícita se habría configurado en este caso porque “... *el motivo que llevó a las partes a celebrar el contrato no era otro que el de obtener la firma de un convenio con una entidad pública ...*”.

Tampoco estructura una causa ilícita la circunstancia que señala la convocada –incluso si se hubiera probado, cuestión que no ocurrió en el presente proceso– de “*que la parte convocante era consciente de que las obligaciones que adquiriría no tenían sustrato fáctico cierto. Ese propósito, esa intención que las movió, resultaba, cuando menos, sospechosa, teniendo en cuenta que el convenio con el SENA es un vínculo que no precisa de cabildeos o de lobbies, sino que hace parte de las funciones orgánicas de esta entidad*”, puesto que ello, según lo explica la misma jurisprudencia que aquí se ha citado, a lo sumo habría dado lugar a la configuración de

TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

algún fenómeno diferente como el de la ausencia
de causa, la causa falsa, la causa errada o la causa putativa.

De ahí que, como ya se puso de presente, la Honorable Corte Constitucional haya puntualizado que

“... en aquellos casos en los cuales la voluntad declarada por parte de los contrayentes es diferente a su voluntad real como cuando se finge la celebración de un matrimonio y, al mismo tiempo, las partes han determinado no celebrarlo, es improcedente predicar la causa ilícita del contrato ... sino que, en otra dirección no existe la voluntad real de celebrarlo. La causa ilícita se predica de la causa existente y, en este caso, la verdad, es que nunca se pretendió perfeccionar el vínculo matrimonial”¹⁰². (Se deja subrayado).

De otra parte, la misma convocada, después de formular algunos interrogantes acerca de lo que considera que habría constituido el móvil que llevó a la convocante a proponer la celebración del Contrato en cuestión –“Lo Anterior no deja sino dudas (... ..) Pero nos asaltan algunas preguntas concretas: ¿Estaría la señora **ASMAR** actuando de buena fe y en concordancia con las buenas costumbres? ¿Es legal y lícito cobrar por negociar un convenio de estas características?–, aporta una respuesta que considera categórica e inobjetable frente a dichas inquietudes y sospechas consistente en sostener que lo que la convocante hizo fue engañar a la convocada:

“La conclusión que aflora es una sola: el móvil del contrato no era otro que el de engañar a UNINPAHU, planteando un negocio sin lógica económica, de cumplimiento indemostrable, para obtener de esta última el pago de unos jugosos honorarios semestrales. Esa es la verdadera causa del contrato”.

De esta forma se tiene que del campo de la ilicitud de la causa, la propia convocada trasladó el fundamento de su alegación al terreno de los vicios del consentimiento –error inducido o dolo–, fenómeno jurídico diferente por completo, regulado por normas distintas (artículos 1508 y siguientes, Código Civil), que además dan lugar a una consecuencia autónoma consistente en la nulidad relativa del contrato (artículo 1743, Código Civil), cuya declaratoria no puede realizar el juez de manera oficiosa sino que exige expresa y oportuna petición de parte, lo cual determina que en el presente caso el Tribunal mal podría ocuparse de estudiar y resolver acerca de un asunto que no constituye parte del objeto del litigio sometido a su decisión puesto que con ello estaría trasgrediendo la garantía constitucional al debido proceso (artículo 29 C.P.), que constituye un derecho fundamental para las partes, así como el principio de congruencia que limita el marco de sus competencias, de conformidad con las voces del artículo 281 del Código General del Proceso.

A ello debe agregarse el equívoco en que incurre o que plantea la excepción en estudio que propuso la convocada, comoquiera que al tiempo que sostiene que el Contrato atacado estaría viciado de nulidad absoluta por ilicitud de su causa, simultáneamente y como sustento de sus pretensiones anulatorias también sostiene, de una parte que *“... no es clara la razón que motivó a la señora ASMAR a ofrecerle un negocio a UNINPAHU que no requería de su gestión, pues tales convenios se negociaban de manera casi automática sin que debiera mediar ningún tercero. Aun así, aun cuando la señora ASMAR debía saber que este tipo de convenios interinstitucionales no requieren intermediación, ella planteó un contrato en el que se propuso cobrar por esa gestión, que no ha podido demostrar que realizó”*, con lo cual queda en evidencia que la razón de su inconformidad no radica entonces en la alegada ilicitud de la causa del Contrato sino en la que afirma que habría sido imposibilidad de demostrar, es decir de probar y/o de acreditar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la convocante, asunto que naturalmente se traslada a un estadio totalmente diferente, cual es el de la prueba del cumplimiento de tales obligaciones, no el de su ilicitud.

2.5 Efectos

Como obligada consecuencia de las razones y de las consideraciones que se dejan expuestas, el Tribunal denegará la cuarta excepción que en su contestación a la demanda inicial propuso la parte convocada y, consiguientemente, deberá denegar también la PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL DECLARATIVA de la demanda de reconvención.

3. De la ejecución del Contrato

La segunda pretensión de la demanda inicial versa sobre el cumplimiento del Contrato. La convocante pide al Tribunal *“Declarar que María Patricia Asmar Amador cumplió cabalmente con el objeto del contrato y sus obligaciones como contratista previstas en las cláusulas 1 y 2 del citado convenio”*.

Por el contrario, en su demanda de reconvención, la parte convocante pide en subsidio de la pretensión declarativa sobre la nulidad del Contrato por objeto y causa ilícitos, que se declare que el Contrato fue incumplido por María Patricia Asmar Amador.

El análisis del cumplimiento del Contrato se abordará en relación con cada una de sus etapas tal como se identifican en la sección 2.3. La primera, referida a la gestión para la celebración del Convenio SENA – Uninpahu; y la segunda, referida a la ejecución del convenio para la ampliación de la cobertura y el reclutamiento de estudiantes. Dos etapas diferentes, pero conexas, en la medida en que la iniciación de la segunda dependía del cumplimiento de la primera.

3.1 Gestión del Convenio SENA – Uninpahu

El objeto de la obligación consistió en

“... asesorar a Uninpahu en la gestión de acercamiento con las instancias pertinentes del SENA Regional Bogotá, con el fin de que Uninpahu y el SENA conozcan las oportunidades de Alianza para ambas instituciones, en particular a lo que se refiere el análisis de posibles descuentos para miembros de la comunidad SENA al cursar programas universitarios de Uninpahu, logrando así que los egresados de programas tecnológicos del SENA continúen su proceso de formación universitaria en UNINPAHU; gestión que se entenderá por realizada en el momento de la suscripción de un Convenio de Alianza entre Uninpahu y el SENA”.

Para el cumplimiento de la gestión, la contratista debía

“conocer la ideología de Uninpahu y sus programas universitarios.”

Según testimonio de Myriam Serna Álvarez (audiencia del 4 de marzo de 2020) quien se desempeñó en el cargo de Coordinadora de Formación del Sena desde noviembre de 2013 hasta febrero de 2019, era política institucional del SENA suscribir convenios interinstitucionales para generar movilidad de los egresados del SENA hacia la educación superior, los cuales se suscribían a pedido de las entidades interesadas.

Obra en el proceso que Uninpahu no tenía convenio de cadena de formación suscrito con el SENA antes de junio de 2014 y que quien despertó el interés de Uninpahu en celebrar uno fue, precisamente, la convocante María Patricia Asmar Amador, jugando el rol de enlace y gestor del mismo.

El SENA puede cumplir su función legal a través de convenios de cooperación; le corresponde al Consejo Directivo Nacional autorizar los programas de esta naturaleza que proponga el Director General; de manera que la celebración de acuerdos del tipo de los suscritos con la institución universitaria no obedece a un mandato legal, sino al desarrollo de un modelo de operación permitido por la ley.

No es obligatorio para el SENA suscribir convenios interinstitucionales de cooperación; si así fuera, no tendría el Director General que llevarlos a aprobación del Consejo Directivo. Tampoco es obligatorio para la institución de educación superior su celebración; si lo fuera, todas las instituciones de educación superior lo tendrían y ello no es así.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Según el testimonio de Fabiola García Arismendi, son 87 instituciones de educación superior las que tienen convenio de cadena de formación, en algunos de sus programas, con el SENA. Por lo tanto, la celebración de convenio interinstitucional del SENA con Uninpahu no obedeció a un mandamiento legal, sino a la construcción de acuerdos de voluntades en provecho de ambas partes, cuyo texto sigue cláusulas predisuestas por el SENA.

La testigo, señora Myriam Serna Álvarez, declaró que la minuta establecida por el SENA no era objeto de negociación; lo mismo dijo en su testimonio Fabiola García Arismendi. Ahora bien, esa circunstancia no suprime el consentimiento, elemento esencial para la existencia y validez del negocio jurídico.

El Tribunal observa que en la fase preoperativa del Contrato, Uninpahu revisó durante amplio tiempo y finalmente aprobó la minuta del Convenio SENA - Uninpahu. El Convenio No. 009 del 3 de octubre de 2014 obra a folios No. 157 a 165, inclusive, del cuaderno de pruebas No. 2.

El propio Contrato en estudio establece la forma de acreditar el cumplimiento de la obligación de gestión que la convocante asumió respecto del Convenio SENA – Uninpahu. Ciertamente, la cláusula 1 del Contrato señala que la gestión se entenderá realizada, esto es, cumplida o satisfecha en el momento en que se suscribiera un Convenio de Alianza entre Uninpahu y el SENA.

Atrás se dijo que la obligación de la contratista era una obligación de medios y no de resultado. Así pues, le correspondía a la contratista desplegar una conducta diligente en orden a conseguir y/o procurar la celebración del convenio, por manera que si no lo hubiera logrado no necesariamente, por no alcanzar ese solo resultado, habría incurrido en un incumplimiento del Contrato; simplemente no habría obtenido el resultado esperado y no se habría dado paso la segunda etapa. En consecuencia, en cuanto sí ocurrió la celebración del Convenio SENA – Uninpahu, no cabe duda de que la referida obligación debe tenerse por cumplida.

El convenio suscrito en octubre de 2014 tenía una vigencia de dos años contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento, prorrogable por un período igual o inferior por acuerdo escrito. El 25 de mayo de 2017, el SENA y Uninpahu suscribieron uno nuevo con el mismo objeto.

3.2 Ampliación de cobertura de Uninpahu

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

El objeto de esta segunda etapa fue el de

“... fortalecer la estrategia de ampliación de cobertura de Uninpahu, por medio de la orientación en la implementación y ejecución de un programa de articulación en cadena de formación de los programas tecnológicos del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- con los programas universitarios de Uninpahu”.

Para el cumplimiento de esa finalidad, la contratista contrajo unas obligaciones principales o esenciales y otras secundarias.

A continuación, el Tribunal se ocupará de las obligaciones principales o esenciales porque son ellas por cuyo incumplimiento la otra parte habría podido dar por terminado en forma unilateral el Contrato.

Sabido es que no cualquier clase de incumplimiento constituye motivo para resolver privada y unilateralmente un contrato: se requiere que el incumplimiento respectivo sea realmente grave o esencial, es decir que recaiga sobre prestaciones principales y no accesorias, o mejor, que termine afectando sustancialmente la economía de la relación contractual o significativamente el interés del acreedor.

En ese orden de ideas, al efectuar la revisión del Contrato que dio lugar a las controversias que ahora se resuelven, pueden tenerse como obligaciones principales, por ejemplo, la de *“orientar la ejecución de un programa de articulación en cadena de formación de los programas tecnológicos del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA– con los programas universitarios de UNINPAHU, con el objetivo de fortalecer la estrategia de ampliación de cobertura de UNINPAHU”*; la de *“Identificar y justificar los programas objeto de articulación entre el SENA y UNINPAHU, teniendo en cuenta las decisiones de UNIPAHU en lo que respecta a los programas y en el cómo realizar la articulación correspondiente ante el SENA”*, y la de *“Conformar grupos de treinta y tres (33) aspirantes en cada jornada, sea diurna o nocturna, provenientes de los programas tecnológicos del SENA para cada uno de los programas universitarios de UNINPAHU (...)”*.

Por el contrario, de dicho Contrato correspondían a la categoría de secundarias, obligaciones tales como *“Hacer parte del Comité SENA – UNINPAHU que se integre para efectos del desarrollo del Convenio de ampliación de cobertura y cadena de formación”*; *“Entregar oportunamente a UNINPAHU las solicitudes de materiales, piezas publicitarias y de comunicación, así como los lineamientos correspondientes a las estrategias de publicidad y mercadeo del SENA”* y *“Presentar informes y asistir a reuniones convocadas con anticipación por la Rectoría de UNINPAHU.”*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

El control sobre la ejecución y cumplimiento del Contrato era ejercido según su propia cláusula 15, de manera exclusiva por la profesional Sandra Fabiola González Gómez, adscrita a la Oficina de Planeación y Gestión de la Calidad de Uninpahu, de manera que el Tribunal observará primeramente cómo la interventora del Contrato evaluó el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista.

Así, en el informe No. 1 del 10 de marzo de 2015 (cuaderno de pruebas No. 2, folio 99), la interventora advirtió del incumplimiento de las siguientes obligaciones: *(i) “Hacer parte del Comité SENA – UNINPAHU que se integre para efectos del desarrollo del Convenio”*. De lo que se dolía la interventora en ese entonces era de que si bien se llevaban a cabo reuniones con la participación de los funcionarios que contribuían al desarrollo del convenio, no se había conformado un comité de dedicación exclusiva. *(ii) “Conformar grupos de treinta y tres (33) aspirantes provenientes de los programas tecnológicos del SENA para cada uno de los programas universitarios de UNINPAHU”*. Basaba su afirmación la interventora en la circunstancia de que el estudio de viabilidad económica y financiera que hacía parte del Contrato establecía que el punto de equilibrio de cada grupo era 33 estudiantes. *(iii) “Presentar informes y asistir a reuniones convocadas con anticipación por la Rectoría de UNINPAHU”*. La interventora observó que si bien se llevaban a cabo las reuniones, no quedaba memoria de ellas ni evidencia de la presentación y entrega de los informes que dieran cuenta de las actividades desarrolladas. Finalmente, hay lugar a señalar que en ese informe la obligación de *“presentar la cuenta de cobro correspondiente de acuerdo a los procedimientos y términos establecidos en UNINPAHU”* fue calificada como *“no aplica”* para el período comprendido entre el 1º de junio de 2014 y 10 de marzo de 2015, lo que corrobora que el segundo período de 2014 no daba lugar a facturación como se ilustra abundantemente más adelante.

Por lo demás, según el informe de la interventora, la contratista cumplió con las obligaciones a su cargo.

En el informe de interventoría No. 2 del 14 de septiembre de 2015 se señala que la contratista cumplió, sin salvedades, las obligaciones a su cargo, salvo *(i)* la de *“hacer parte del Comité SENA – UNINPAHU que se integre para efectos del desarrollo del Convenio”*; y *(ii)* la de *“Conformar grupos de 33 aspirantes provenientes de los programas tecnológicos del SENA para cada uno de los programas universitarios de UNINPAHU”*.

Al respecto la interventora aclaró que se realizaron reuniones interinstitucionales de las cuales la doctora María Patricia Asmar Amador elaboró las memorias y que el SENA consideró inoficioso conformar el comité porque las condiciones académicas de transferencia de los estudiantes están claramente definidas. En cuanto al número de los

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

estudiantes que conformaban los grupos, reiteró lo dicho en el informe de interventoría No. 1, en el sentido de que el estudio de viabilidad económica y financiera que forma parte del Contrato y del numeral 9 de la cláusula 2 especificaron que las cohortes mínimas para la apertura de cada grupo debían ser de treinta y tres estudiantes, por lo cual recomendó que la comisión acordada se pagare únicamente por los grupos que se conformaren con los treinta y tres estudiantes o en su defecto se estableciera una comisión diferencial y un número mínimo admisible de estudiantes para que el convenio prosiguiera.

El testimonio de quien fungía como interventora del Contrato, señora Sandra Fabiola González Gómez da cuenta de que el informe fue discutido y fruto de ello se suscribió el Otrosí No. 1 al Contrato, por el cual se modificó la cláusula 4. La fecha de suscripción del Otrosí No. 1 es 5 de octubre de 2015, y con aplicación de la metodología convenida la Universidad pagó la comisión correspondiente a los estudiantes matriculados el segundo semestre de 2015.

Los informes de interventoría subsiguientes, el No. 3 del 26 de febrero de 2016 (cuaderno de pruebas No. 1, folio 67), el No. 4 del 24 de agosto de 2016 (cuaderno de pruebas No. 1, folio 71), el No. 5 del 24 de febrero de 2017 (cuaderno de pruebas No. 1, folio 75) y el No. 6 (cuaderno de pruebas No. 1, folio 79) reportaron cumplidas todas las obligaciones de la contratista, sin salvedades.

En dichos informes la obligación de hacer parte del Comité SENA – UNINPAHU no fue calificada, lo cual no resta valor probatorio a los informes acerca del cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de la contratista, pues dicha obligación de la contratista debía ser leída en concordancia con lo dispuesto en la cláusula 3 del Contrato sobre obligaciones de Uninpahu, que establecía en su numeral 6 la de *“Establecer un Comité Coordinador del Convenio SENA – UNINPAHU, con la participación de directivos designados por la Rectoría”*.

El informe de interventoría No. 7 del 16 de marzo de 2018 que obra en el cuaderno de pruebas No. 1, folio 85, por el contrario, tiene un contenido sustancialmente diferente a los anteriores y Uninpahu se apoya en él para dar por terminado unilateralmente el Contrato. Así lo refleja la carta de terminación del 5 de junio de 2018 que aludió a los graves incumplimientos de las obligaciones a cargo de la contratista evidenciados por la interventora en su informe de la referencia.

3.3 Valoración de las pruebas de su cumplimiento

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

La parte convocada cuestiona el valor probatorio de los informes que daban cuenta del estado de cumplimiento de las obligaciones del Contrato, porque al decir de ella, tales informes eran modificados por presiones de la señora María Patricia Asmar (contestación al hecho 6.11 de la demanda inicial). Se refería al informe No. 1 y al informe No. 2 por las tensiones que generó la calificación del cumplimiento de la obligación de conformación de los grupos de treinta y tres estudiantes provenientes de los programas tecnológicos del SENA para cada uno de los programas universitarios de Uninpahu, tensiones que se resolvieron mediante la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato, que estableció un sistema de pago de comisión diferencial, con un mínimo y un máximo, considerando el punto de equilibrio fijado en treinta y tres estudiantes.

Cuando a quien fuera la interventora se le interrogó sobre si recibió presión para aprobar o introducir ajustes a sus informes, ella manifestó:

“Pues digamos que el momento de presión fue pues cuando presenté el primer y segundo informe de interventoría cuando se presentaban las molestias cuando manifestaba que pues no se cumplían las cortes de 33 estudiantes”

(...)

“Pero básicamente fue como ya le he manifestado en varias ocasiones en término del cumplimiento de dos cláusulas que son las del comité y la de la conformación de los grupos de 33 estudiantes por ello de ahí en adelante si ustedes revisan los informes de interventoría aparte de allí yo ni pongo ni cumple o no cumple. Pues porque a mi criterio seguía pues insistiendo o permaneciendo con la inconsistencia”.

De los informes de interventoría Nos. 1 y 2, en los cuales constan las advertencias de la controladora del Contrato en el ámbito de su autonomía sobre los aspectos señalados hay una sola versión, por lo cual no se le da crédito al dicho de la convocada de que la señora María Patricia Asmar habría ejercido presión para que se cambiara el sentido de los informes. En apoyo de lo anterior, el Tribunal aprecia y le da credibilidad al dicho de Myriam Velásquez Bustos cuando al responder a la pregunta de si se le había sugerido u ordenado a la interventora del Contrato hacer alguna modificación a sus informes lo negó rotundamente.

En los informes de interventoría Nos. 3, 4, 5 y 6, la obligación atinente a la conformación de los grupos sí aparece cumplida, contrario a lo que dice la testigo, por lo cual el Tribunal se estará a la prueba documental.

Consideración aparte merece el informe de interventoría No. 7. En el expediente hay dos versiones de este informe, ambas firmadas por la misma interventora Sandra Fabiola González Gómez, con contenido diferente. Uno, elaborado el 26 de febrero de 2018 que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

obra en el cuaderno de pruebas No. 2, folios 15 a 17; en esta versión del informe de interventoría No. 7 el estado de las obligaciones era “cumple”, de la misma forma como se habían calificado en los informes Nos. 3 a 6, inclusive. Contiene la misma abstención respecto de la obligación de hacer parte del Comité del Convenio. Anotó al respecto la interventora:

“4. Una vez analizado el desarrollo del convenio en estos siete (7) períodos académicos, se evidenció que no se determinó una metodología que permitiera identificar si el estudiante de SENA ingresa a la Institución por gestión de la contratista en el desarrollo de sus obligaciones adquiridas en el contrato, si llegó a la Institución por información de terceros ajenos al contrato, o si por el contrario, llegó por voluntad propia.

“Así las cosas, se sugiere que antes de efectuar el pago de la comisión correspondiente al primer período académico del 2018, se analice la posibilidad de ajustar estas obligaciones bajo la luz de lo establecido en el contrato de prestación de servicios, máxime cuando este último aspecto tiene implicaciones económicas que están siendo asumidas única y exclusivamente por la Institución”.

Este documento fue aportado por la parte convocada, está suscrito por quien fungía como interventora del Contrato y aún cuando tiene anotaciones en manuscrito, dan muestra, a juicio del Tribunal, de la forma como era calificada por la entidad contratante la gestión de la contratista.

La otra versión del mismo informe de interventoría No. 7, fechada el 16 de marzo de 2018, obra en el cuaderno de pruebas No. 1, folios 85 a 87, la cual sin diligenciar la tabla de control (cumple, no cumple, no aplica) señala **(i)** que el programa de articulación en cadena de formación de programas tecnológicos del SENA con programas universitarios de Uninpahu fue elaborado por Directores de Programa de Uninpahu; **(ii)** no se evidencia la existencia de un estudio que justifique los programas objeto de articulación entre el SENA y Uninpahu; **(iii)** no se evidencia la participación activa de la contratista en la elaboración del esquema de reconocimiento de estudios de que trata la obligación número 4; **(iv)** el Comité SENA – UNINPAHU no se ha constituido, y por supuesto no se ha reunido; **(v)** la contratista no demostró que los estudiantes provenientes del SENA se matricularon en la institución fruto de su gestión; **(vi)** la gestión del Convenio SENA – UNINPAHU fue gestionada con la Rectoría y no con la Vicerrectoría Académica; **(vii)** todo lo relacionado con las estrategias de publicidad y mercadeo fueron elaboradas por Uninpahu y sus costos asumidos por la institución; **(viii)** la socialización del Convenio y las actividades promocionales fueron realizadas exclusivamente por la Decana y los Directores de Programa de la Facultad de Ingeniería y Tecnología de la Información; **(ix)** no se evidenció conocimiento y apropiación de las políticas de manejo de la imagen institucional de Uninpahu; **(x)** no se evidenció participación activa de la contratista en estrategias académicas y comerciales que permitan el desarrollo del convenio.

Finalmente, **(xi)** la interventora recomendaba que antes de efectuar el pago de la comisión correspondiente al primer semestre de 2018 se exigiera a la contratista que demostrara la gestión realizada respecto de cada uno de los estudiantes matriculados en el convenio.

Esta incongruencia entre las dos versiones de un mismo informe de interventoría al corte de un mismo período, con diferencia inferior a un mes entre uno y otro, ambos suscritos por la misma persona, una versión según la cual la contratista cumplió las obligaciones a su cargo y otra versión según la cual no se cumplieron tales obligaciones, conduce a desvirtuar la tesis de la parte convocada para la cual la señora María Patricia Asmar Amador ejercía influencia o presión sobre la interventora para que se alterara la calificación de su desempeño.

Cuando se le preguntó a la entonces interventora, en su condición de testigo, las razones por las cuales en el informe No. 7 cambió sus conceptos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones por la doctora Asmar, respondió:

“En el último informe se manifiesta, es decir, en ningún momento cambia el concepto en los informes previo al último que es el 7 siempre dejaba las anotaciones en lo que corresponde al no cumplimiento de las cortes mínimas hay otra cláusula que creo es la del comité que debería ver un comité un segundo por favor lo busco exactamente cuál es. Hacer parte de un comité SENA – UNINPAHU que se integre para efectos del desarrollo del comité, siempre fueron como las observaciones que yo realicé en todos los informes de interventoría entregados y es algo que se amplía en el séptimo informe, pero no cambia de ninguna manera el concepto ni los argumentos presentados en los informes anteriores”. (Se resalta).

Lo dicho por la testigo conduce al Tribunal a darle más crédito al informe de interventoría No. 7 en su versión del 26 de febrero de 2018 que a la del 16 de marzo de 2018; la exposición de la testigo coincide en gran medida con la estructura de aquel informe, en cuya versión manteniendo la calificación de “cumple”, vuelve sobre la conformación de los grupos. La cuestión de la participación en el Comité SENA – UNIPAHU ya había sido dejada de lado por las razones anotadas: porque era una obligación de Uninpahu su constitución y porque el SENA lo consideraba innecesario.

No hay prueba en el proceso que permita advertir que la contratista hubiere sido requerida, avisada o reconvenida por el supuesto incumplimiento del Contrato. Las declaraciones testimoniales de las personas que tuvieron relación con la celebración y ejecución del Contrato, como la de la interventora Sandra Fabiola González Gómez y la de Myriam Velásquez Bustos, Rectora de la institución para la época de los hechos, permiten confirmar que la contratista no fue requerida por incumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, al efectuar una separación de las obligaciones asumidas por la ahora convocante, es claro para el Tribunal que el carácter de esenciales cabe predicar respecto de aquella prestación consistente en conformar grupos de treinta y tres estudiantes provenientes de los programas tecnológicos del SENA. Al respecto, el Tribunal tendrá por probado el cumplimiento de dicha obligación del Contrato con base en la prueba documental contenida en los informes de interventoría, en los testimonios de aquellas personas que tuvieron relación próxima con la celebración y ejecución del Contrato al interior de la institución universitaria, así como en los documentos y correos allegados al proceso cuya integridad y autenticidad no fue cuestionada a lo largo del proceso (artículo 247 del Código General del Proceso).

3.4 La obligación de acreditar que los estudiantes del SENA provinieran de manera inequívoca de la gestión realizada por la contratista

La parte convocada propuso como excepción la ausencia de prueba que permitiera determinar que la voluntad de los estudiantes provenientes del SENA hubiera sido influida o mediada, u objeto de inclinación de cualquier forma, por una gestión que hubiera llevado a cabo la contratista María Patricia Asmar. A continuación, el Tribunal se ocupará de establecer si constituía obligación de la contratista, para tener derecho a su remuneración, demostrar que los estudiantes provenientes del SENA que se hubieren matriculado en Uninpahu, efectivamente lo hubieren realizado como consecuencia directa de gestiones desarrolladas por ella en cumplimiento del Contrato; si era obligación de dicha contratista allegar listado, relación o documento alguno que evidenciara que cada uno de los estudiantes matriculados lo habría hecho como consecuencia de sus actividades, gestiones, o acciones, como lo expresó la interventora del Contrato en el informe de interventoría No. 7 en su versión del 16 de marzo de 2018.

En el ámbito de las obligaciones correspondientes a la etapa de ampliación de cobertura de Uninpahu, el texto del Contrato señala con claridad que la contratista tenía a su cargo la siguiente:

“9. Conformar grupos de treinta y tres (33) aspirantes en cada jornada, sea diurna o nocturna provenientes de los programas tecnológicos del SENA para cada uno de los programas universitarios de UNINPAHU; en el momento en que la totalidad de los aspirantes de cada grupo cancelen el valor de la matrícula bajo los términos, valores de matrícula, que se actualizarán anualmente; plazos y condiciones establecidos para el Convenio SENA – UNINPAHU; se generará la obligación de pago de UNINPAHU a LA CONTRATISTA. En razón de lo anterior no se permitirá la apertura de grupos constituidos por un número inferior al de 33 estudiantes por grupo, en cada una de las jornadas”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Hasta ahí nada indica que hubiere sido obligación de la contratista demostrar que los estudiantes se hubieren matriculado por obra única y directa de las gestiones realizadas en desarrollo del Contrato por parte de la señora María Patricia Asmar Amador; tan solo se previó como requisito para la causación de la comisión respectiva que hubiese un número de treinta y tres estudiantes provenientes del SENA para conformar cada grupo.

Ahora conviene revisar la incidencia de la obligación que se ha comentado y que ha invocado la convocada, en el derecho de la convocante a obtener su remuneración. La cláusula 4 del Contrato, referida al “Valor del Contrato”, modificada mediante el Otrosí No. 1, estableció:

“El valor del presente Contrato es determinable, en los siguientes términos:

“1) El valor que corresponda al 7% de la matrícula efectivamente pagada para el año 2015, por cada uno de los estudiantes que compongan cada grupo, conforme a lo establecido en los párrafos de esta cláusula, en cada uno de los semestres en los que efectivamente sea cancelado el valor de la matrícula establecido en el Convenio UNINPAHU – SENA; los cuales deberán ser identificados previamente en el proceso de conciliación e identificación establecido.

“2) El valor que corresponda al 6% de la matrícula efectivamente pagada desde el 1o de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2018 por cada uno de los estudiantes que compongan cada grupo, conforme a lo establecido en los párrafos de esta cláusula en cada uno de los semestres en los que efectivamente sea cancelado el valor de la matrícula establecido en el Convenio UNINPAHU – SENA; los cuales deberán ser identificados previamente en el proceso de conciliación e identificación establecido.

“PARÁGRAFO 1. El Punto de Equilibrio es de 33 estudiantes por grupo.

“PARÁGRAFO 2. El mínimo de estudiantes por grupo es de 26, así las cosas se pagará una comisión diferencial, decreciente, por el grupo que se conforme entre 26 y 32 estudiantes. El máximo de estudiantes por grupo es de 35 de acuerdo a la capacidad instalada de la institución; por ello, se pagará una comisión diferencial, creciente, por grupo que se conforme entre 34 y 35 estudiantes.

“PARÁGRAFO 3. Se entiende por comisión diferencial, al cálculo a prorrata o participación porcentual del número de estudiantes del grupo frente al punto de equilibrio oficializado, que para este caso es de 33 estudiantes. Este valor se obtiene de multiplicar el valor de la comisión vigente: 7% para el 2015 y 6% para los años 2016, 2017 y 2018, por la participación porcentual de los estudiantes de cada grupo frente al punto de equilibrio.”

Tal como lo refleja y lo evidencia el contenido de la cláusula que se deja transcrita, su texto indica con claridad que la comisión a cuyo pago tenía derecho la contratista se causaba sobre la matrícula efectuada por estudiantes provenientes de los programas del SENA, exigencia que no se supeditó, ni se condicionó a la circunstancia de que la contratista debiera establecer y/o acreditar que la decisión y/o la voluntad de cada alumno

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

matriculado hubiere obedecido en forma directa, y menos exclusiva, a las gestiones desarrolladas por dicha contratista.

Al procedimiento de conciliación e identificación de los estudiantes provenientes del SENA matriculados en los programas de Uninpahu se refirió la testigo Myriam Velásquez Bustos en los siguientes términos:

“Entonces, nosotros sí teníamos una lista de quienes eran los que provenían del SENA y de qué programa, y a qué programa universitario llegaban allá, ella no lo tenía, ella solo miraba el número, pero nosotros verificamos el número con el número de estudiantes”.

Preguntada la testigo Sandra Fabiola González Gómez sobre si la contratista debía identificar o presentar una lista de los estudiantes que por su gestión habían pasado del SENA a Uninpahu, manifestó que no, a lo cual añadió que desconocía los soportes que le hubieran solicitado a ella para el pago de sus cuentas.

No obra en el proceso que con las respectivas facturas, la convocada le hubiere exigido a la contratista información adicional. Así lo admitió, con efectos de confesión, el representante legal de Uninpahu al responder la pregunta # 10:

“DR. MADERO: [...] usted estando bajo la gravedad del juramento solicito que responda sí o no, si en ese contrato o en algún documento que haya adicionado al contrato las partes convinieron ustedes Uninpahu y la doctora Asmar que para pagarle sus servicios, su comisión debía ella acreditar expresamente que el número de estudiantes matriculados en Uninpahu que provenían del Sena era exclusivamente fruto de su gestión esa es la pregunta?”

“SR. BUITRAGO: No es cierto, no recuerdo de la lectura del documento que esté previsto que ella debía acreditar que fuera exclusivo de su gestión.

“DR. MADERO: Perdóneme, pero el Tribunal no es cierto y no me acuerdo, pues no veo, no está respondiendo.

“DR. JARAMILLO: Responda de manera precisa y de manera asertiva la pregunta ha sido formulada si es cierto sí o no, responda por favor sin evasivas.

“SR. BUITRAGO: No es cierto”.

En síntesis, no estaba pactado en el Contrato que la contratista tuviera a su cargo la obligación de acreditar el inductor de la decisión de los estudiantes del SENA de matricularse en los programas universitarios de Uninpahu. Tampoco le dieron las partes una aplicación diferente. Para hacerse acreedora a la comisión, bastaba identificar que el estudiante proviniera del SENA y se cumplieran los mínimos para la conformación de los grupos, cuestión que la Universidad hacía con la información que tenía bajo su control. Se desecha así el argumento de defensa de la convocada, según el cual la convocante no

probó que la matrícula de los estudiantes provenientes del SENA hubiere sido influenciada o mediada, de manera directa y/o exclusiva, por la gestión llevada a cabo por la contratista.

3.5 El pago de las comisiones correspondientes al segundo semestre 2017

Establecida la existencia del Contrato que vincula a las partes, así como su validez, presupuestos que, como se expuso anteriormente, resultan forzosamente necesarios para decidir sobre el fondo del asunto, a lo cual se añade que también ha quedado esclarecido el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la convocante, procede enseguida el Tribunal a indagar sobre el incumplimiento deprecado en las pretensiones, empezando por verificar si la institución universitaria demandada estaba obligada a pagar a la demandante las sumas de dinero causadas a título de comisión, correspondientes al segundo semestre de 2017, “pagaderas en el primer semestre de 2018”, y que según tasación pericial equivaldrían a \$47'831.570,00, junto con los intereses respectivos, amén de la correspondiente corrección monetaria.

En orden a establecer lo precedente, han de examinarse las estipulaciones del Contrato, para lo cual resulta menester observar que, tras acordarse el objeto del acuerdo analizado con anterioridad, el mismo se firmó el 1º de junio de 2014, día de su iniciación, el que finalizaría el 31 de diciembre de 2018.

Acerca de su valor, en la cláusula 4, se convino lo siguiente:

“CLÁUSULA 4. VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente Contrato es determinable, en los siguientes términos.

“1) El valor que corresponda al 7% de la matrícula efectivamente pagada para el año 2015, por cada una de los 33 estudiantes que componen cada grupo; y de los que continúen efectivamente matriculados en los semestres establecidos para los diferentes programas del Convenio UNINPAHU-SENA, los cuales deberán ser identificados previamente en el proceso de conciliación e identificación establecido.

“2) El valor que corresponda al 6% de la matrícula efectivamente pagada desde el 1º de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2018, por cada uno de los 33 estudiantes que componen cada grupo; y de los que continúen efectivamente matriculados en los semestres establecidos para los diferentes programas del Convenio UNINPAHU-SENA, los cuales deberán ser identificados previamente en el proceso de conciliación e identificación establecido”, (Se subraya).

Posteriormente, alrededor de dicha cláusula, el 5 de octubre siguiente suscribieron el Otrosí No. 1, en el que luego de transcribirla en términos generales, en tres párrafos adicionales, indicaron:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

“Parágrafo 1. En Punto de Equilibrio es de 33 estudiantes por grupo.

“Parágrafo 2: El mínimo de estudiantes por grupo es de 26, así las cosas se pagará una comisión diferencial, decreciente, por el grupo que se conforme entre 26 y 32 estudiantes. El máximo de estudiantes por grupo es de 35 de acuerdo a la capacidad instalada de la institución; por ello, se pagará una comisión diferencial, creciente, por grupo que se conforme entre 34 y 35 estudiantes.

“Parágrafo 3: Se entiende por comisión diferencial, al cálculo a prorrata o participación porcentual del número de estudiantes del grupo frente al punto de equilibrio oficializado, que para este caso es de 33 estudiantes.

“Este valor se obtiene de multiplicar el valor de la comisión vigente: 7% para el 2015 y 6% para los años 2016, 2017, y 2018, por la participación porcentual de los estudiantes de cada grupo frente al punto de equilibrio”.

Lo hasta aquí referido significa, sin ambages, que no obstante haberse firmado aquel documento el 1º de junio de 2014, fecha en que comenzaría a regir, y en la que la convocante empezaría a hacer las gestiones consignadas en su objeto, efectivamente ejecutadas, en realidad, como las partes también lo convinieron, el valor de la comisión acordada sólo vendría a reflejarse o causarse en el año 2015, y no antes, aspecto que para el Tribunal tiene señalada importancia, como se estudiará enseguida.

Dicho de otra manera, pese a que el acuerdo negocial inició en la fecha tantas veces citada, lapso durante el cual, no hay el menor asomo de duda, la actora hizo una serie de gestiones que incluso determinaron, como lo admite sin discusión la misma, que en octubre de ese año el SENA y Uninpahu suscribieran el primer Convenio Interinstitucional –hecho 6.10.1–, no se remite a duda que sería a partir del año 2015 cuando se iniciaría a pagar efectivamente el valor correspondiente, o sea, para expresarlo en los mismos términos del Contrato, ese porcentaje se cubriría sobre *“la matrícula efectivamente pagada para el año 2015”*, sin perder de vista para el mismo propósito otro factor, consistente en el número de alumnos inscritos que integraran el grupo –33– y de los que continuaran matriculados.

Vienen en apoyo de esta afirmación otros elementos de convicción, tales como la primera factura, la 102 de 27 de marzo de 2015, así como el cheque 03509 de 9 de abril del mismo año, mediante el cual se pagó la misma, y los cinco restantes que obran en el proceso, cuyas fechas, como se estudiará, coinciden con esta apreciación y, más exactamente, con los períodos correspondientes a los seis semestres, de 2015 a 2017, al tiempo en que se consolidaban o cancelaban efectivamente las matrículas respecto de tales semestres. Esos cheques, son los siguientes:

PAGOS

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

FECHA	CHEQUE	PAGADO
1) 09/04/2015	035309	12'695.871
2) 22/10/2015	037082	27'508.281
3) 17/03/2016	037570	39'054.575
4) 29/09/2016	038258	48'130.211
5) 28/04/2017	038941	49'580.548
6) 10/11/2017	039568	47'820.754
TOTAL		224'790.239

Coherentemente, obsérvese cómo la declarante Myriam Velásquez Bustos, testimonio pedido por la misma parte demandante, al que el Tribunal le otorga plena convicción por ser quien como rectora de la entidad demandada suscribió el Contrato, en lo pertinente relató claramente:

“Sí, ella tenía que presentar después del período de la matrícula uno tiene que contar después de los períodos de la matrícula como casi 15-20 días y hasta un mes, y tal vez un poquito más que efectivamente los que se inscribieron pagaron la matrícula. ¿Por qué ese tiempo un poquito expandido?, porque generalmente hoy ya, el Uninpahu no es una excepción, los estudiantes pueden acordar en cuántos contados les difieren el valor de la matrícula, hay personas que tienen el valor de la matrícula pueden pagar ya, pero hay otras que no, entonces ellos acuerdan con la institución generalmente o en ese momento era así, que pagaban en dos contados o en tres contados, generalmente hasta que ellos no acabaran de pagar ... Nosotros reportábamos, nosotros planeación como que verificaba con la vicerrectoría administrativa y con registro y control cuántos estudiantes efectivamente habían ingresado, se habían matriculado y habían pagado, por decir algo el 01 de marzo o un poquito más allá”.

Y entre otros testimonios, confirma lo expresado por la anterior testigo, lo expuesto por Diego Fernando Barreto, vicerrector administrativo y financiero de la institución universitaria convocada, quien depuso que en su condición de tal, como responsable de la parte contable, al examinar uno de los dictámenes realizados en este proceso pudo constatar la situación, en estos términos:

“Posteriormente a eso, lo que pude evidenciar por su puesto en los soportes de los pagos que se realizaron, que aproximadamente 6 durante la ejecución de ese contrato objeto de lo que vi, se radicaba la factura y el pago, o mejor la facturación la hacían en cada uno de los semestres, por decir algo para colocar un ejemplo concreto, si estamos hablando del periodo 2017-2 del semestre 2017-2 que va de enero, bueno el semestre calendario, cuando terminaba ese corte se radicaba la factura y se realizaba el pago mediante cheques, todo se hizo mediante cheques verificando con los extractos bancarios en el respectivo documento, ese era el manejo financiero que se le hacía y posteriormente por supuesto realizar los registros contables correspondientes”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Lo aquí expuesto permite aseverar que el desarrollo del negocio jurídico necesitaba, para su cabal ejecución, tendiente a fijar su monto exacto, esperar el tiempo necesario para el pago de las matrículas.

Aunque estas consideraciones son a juicio del Tribunal suficientes para afirmar que como esa fue la intención prístina de los contratantes, plasmada de manera palmaria por ellos en el acuerdo negocial y en la ejecución práctica que del mismo realizaron los convencionistas –artículos 1618 y 1622 del Código Civil–, corrobora cuanto se viene afirmando que, incluso, en la demanda de alguna manera se admiten estas circunstancias de orden temporal, puesto que, amén de lo relatado en el hecho 6.10.1, en el hecho 6.9.5 se dijo cómo, *“en lugar de honorarios, UNINPAHU acordó cancelar a la contratista una comisión por grupo constituido de 33 estudiantes, por cada semestre en que se matriculen, durante los 4 años de vigencia del contrato, de acuerdo con los criterios establecidos de viabilidad financiera”*, para, enseguida expresar que *“la comisión establecida fue del 7% en 2015 y del 6% desde enero de 2016 a diciembre de 2018, según otrosí del 5 de octubre de 2015”*.

Las mismas razones sirven para desestimar también en este punto, por carencia de fundamento, el dictamen pericial aportado por la parte convocante, desde luego que estudiado el mismo en la forma dispuesta por el artículo 232 del Código General del Proceso, por sí solo como en compenetración con las demás pruebas aducidas, comoquiera que sus conclusiones distan de la realidad procesal de que se ha hecho mérito. Ulteriormente explicará el Tribunal, a espacio, la carencia del fundamento de la experticia.

En conclusión, para el Tribunal resulta claro que atendidas las distintas fechas, como las de vigencia del Contrato, las tocantes con las gestiones realizadas desde esta data hasta el primer acuerdo interinstitucional, las de su efectiva concreción para efectos de su pago, o sea sólo a partir de 2015, en espera de que transcurriera el tiempo necesario para que pudieran conocerse con certeza los alumnos matriculados al comienzo de cada semestre, tal cual lo refieren varias probanzas, y entre ellas los testimonios en los pasajes transcritos, las mencionadas en las seis cuentas de cobro y en los seis títulos valores, ha de seguirse, aunque parezca reiterativo expresarlo, que por cuanto con el pago de esos seis semestres quedó incluido el segundo de 2017, por este lado no prospera la pretensión atinente a este período.

4. La terminación unilateral del Contrato

4.1 El acto de terminación

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

A continuación procede el Tribunal a pronunciarse sobre la recta interpretación de la cláusula 7ª del Contrato relativa a su terminación, que a la letra dice:

“Terminación. Serán causales de terminación las establecidas en la ley. Específicamente las partes acuerdan que en caso de presentarse incumplimiento de cualquiera de las obligaciones arriba establecidas para cada una de ellas, cualquiera de las partes podrá exigir la terminación del presente contrato.

“Parágrafo 1. En caso de que UNINPAHU termine unilateralmente el contrato y no se haya evidenciado incumplimiento de las obligaciones por parte de LA CONTRATISTA, reconocerá a LA CONTRATISTA los aportes realizados para el diseño y ejecución de las etapas de la alianza SENA - UNINPAHU, calculadas en \$120.000.000 (ciento veinte millones de pesos). Suma a la cual se le restarán los pagos que se hayan realizado, de acuerdo a lo establecido en la cláusula cuarta.

“Parágrafo 2. Las partes consignarán de forma clara la fecha de la terminación, liquidación y pago del contrato, con base en la proyección de grupos constituidos por LA CONTRATISTA”.

La convocante pretende en la demanda inicial que se declare que Uninpahu *“terminó de manera unilateral y de forma ilegal el contrato de prestación de servicios profesionales de consultoría, a partir del 5 de junio de 2018”*; consecuentemente solicita que se condene a Uninpahu a pagar la suma de \$98'862.729 a título de indemnización equitativa de perjuicios materiales, correspondiente a las comisiones de los periodos contractuales del primer y segundo semestres de 2018, no ejecutados por causa imputable a la demandada.

La decisión de terminación del Contrato está contenida en la comunicación del 5 de junio 2018 que obra al folio 26 del cuaderno de pruebas No. 1. A través de ella Uninpahu comunicó a María Patricia Asmar Amador la decisión de dar por terminado unilateral y anticipadamente el Contrato, invocando el incumplimiento del mismo:

“(…) en virtud a que hemos evidenciado, como consta en el informe de fecha 16 de marzo 2018 presentado por el interventor designado por la institución, graves incumplimientos de las obligaciones a su cargo”.

La comunicación agrega otros motivos de terminación, a saber: la facultad de terminación unilateral; el desequilibrio contractual porque el Contrato obliga a Uninpahu al pago de una erogación sin contraprestación claramente definida y el enriquecimiento sin causa de la contratista.

Sobre la facultad de terminación unilateral, expresó:

“(…) en todo caso, según lo dispuesto en el parágrafo primero la cláusula séptima antes citada, la Fundación tiene según lo pactado entre las partes, la facultad, en cualquier tiempo, de dar por terminado unilateral y anticipadamente el contrato, reconociendo a la contratista, las sumas allí establecidas por

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

concepto de “aportes realizados para el diseño y ejecución de las etapas de la alianza SENA - UNINPAHU”.

En cuanto a los motivos recogidos en los términos de desequilibrio contractual y de enriquecimiento sin causa, expresó:

“El objeto contractual no está nítidamente definido, lo que ciertamente nos conducen a la imposibilidad de identificar obligaciones específicas, claras y exigibles para el contratista; el contrato en esas condiciones no ofrece pues, la mínima claridad para que las partes establezcan el cumplimiento o no de obligación alguna a cargo de la señora Asmar Amador, pero, en cambio, sí pretende por virtud del documento en cuestión, obligar a la Fundación a reconocer unas sumas de dinero y cancelarlas a la contratista situación que por lo demás, atentaría contra el equilibrio económico del pretendido contrato por decir lo menos, pues al parecer, además, estamos frente a un enriquecimiento sin causa”.

Como consecuencia de la terminación, Uninpahu solicita a la contratista, hoy demandante, la devolución de todos los dineros que ha recibido,

*“En consecuencia de todo lo anterior, como antes lo anunciamos, le comunico que **la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano UNINPAHU da por terminado el Contrato** de Prestación de Servicios Profesionales de Consultoría celebrado entre la Fundación y María Patricia Asmar Amador el 1 de junio de 2014. En estos términos, **la invitamos a hacer devolución a la institución de todos los dineros que ha recibido**, para luego proceder a la liquidación del contrato mencionado solventando adecuadamente todos los asuntos pendientes”. (Se deja destacado).*

La demandante califica los motivos aducidos por Uninpahu en la carta de terminación como “*inexistentes, irreales, ilógicos y no aplicables a la luz de la ley de los contratos*”; le atribuye la redacción del Contrato a la parte demandada, los ingresos percibidos por la convocada a la existencia y ejecución del Contrato y el beneficio económico de la universidad por el número de estudiantes provenientes del SENA matriculados en los programas universitarios de Uninpahu.

Manifiesta la convocante que durante la ejecución del Contrato la entidad contratante no levantó inconformidades y que la terminación es un claro ejercicio de la posición dominante de la convocada.

El Tribunal encuentra que la terminación unilateral del Contrato en la forma y en el momento en que lo hizo Uninpahu efectivamente resulta ilegal y causa un perjuicio a la contratista, que debe ser indemnizado, lo anterior por las siguientes razones:

En primer lugar, porque la terminación del Contrato, tal como fue expresamente pactada por las partes, puntualizó que si a tal finalización anticipada había lugar por incumplimiento

de alguno de sus extremos se requeriría declaración judicial y en el presente caso, no hubo tal.

Ciertamente, el Contrato señaló que en caso de presentarse incumplimiento de alguna de las obligaciones estipuladas para cada una de las partes, cualquiera de dichas partes podría “exigir” la terminación del Contrato, lo cual dista mucho de poder “declarar” o “dar” por terminado el Contrato.

En efecto, al consultar en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, se registran los siguientes significados respecto del verbo “exigir”:

“exigir. Del lat. Exigēre.

“1. tr. Pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho.

“2. tr. Dicho de una cosa: Pedir, por su naturaleza o circunstancia, algún requisito necesario. La situación exige una intervención urgente.

“3. tr. p. us. Cobrar, percibir por autoridad pública dinero u otra cosa. Exigir los tributos, las rentas”.

Por su parte, de las múltiples acepciones que admite la expresión “dar” es posible acudir a las siguientes en cuanto sinónimo de decidir, declarar o considerar, así:

“dar. Del lat. Dare. Conjug. Modelo

“....

“5. tr. Ordenar, aplicar. Dar remedio, consuelo, un consejo.

“....

“8. tr. Suponer, declarar, considerar. Lo doy PO”.

De esta manera se tiene que las propias partes acordaron que la terminación anticipada del Contrato por incumplimiento del mismo debía ser “exigida”, es decir pedida para que fuese declarada judicialmente, porque, como es sabido, en el sistema jurídico colombiano el aniquilamiento de un contrato por incumplimiento descansa en la intervención de los jueces en procura de ese cometido. Los contratos no terminan *ipso jure* por el incumplimiento, pues sería tanto como atribuirle al acreedor poderes para fallar su propio conflicto, esto es para hacer justicia por su propia mano, olvidando el derecho de defensa que le asiste al deudor que es “acusado” de incumplimiento.

La cláusula 7 del Contrato en su inciso primero, constituye un reenvío al artículo 1546 del Código Civil y no suprime sino que, por el contrario, reafirma la obligación de recurrir al juez.

Si bien la jurisprudencia ha admitido y avalado la validez de las cláusulas resolutorias expresas, no es menos cierto que ha precisado al respecto que ello debe realizarse en el

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

marco de una interpretación restrictiva y sujeta a estrictos requisitos en su formulación y en su ejecución.

Sobre esto resultan pertinentes e ilustrativos los pronunciamientos que realizó el Tribunal de Arbitramento que dirimió la controversia entre Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd., oportunidad en la cual se puntualizó:

“Admitida la posibilidad de terminación unilateral del contrato de suministro por incumplimiento, todo persuade de que cuando se esgrime esa atribución como proveniente de cláusula contractual que autoriza prescindir del pronunciamiento judicial previo, es menester que dicha cláusula sea nítida y terminante, cuanto lo primero, en la puntualización de las obligaciones cuyo incumplimiento tiene esa relevancia, y seguidamente, que el acreedor haga la prevención del caso, pero otorgando al deudor moroso un término congruo, prudencial, esto es, razonable, para la subsanación de su falla. De otra manera se estaría autorizando al acreedor para que con un requerimiento simple o relativo a un término exiguo, termine el contrato al calor de su explosión emocional o de su disgusto, sin miramiento por los principios de salvación del contrato (favor contractus) y de lealtad y corrección debidas por cada contratante al otro.”³⁷

En el mismo sentido, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.

“Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél”³⁸.

En segundo lugar, porque la forma en que aplicó la convocada el parágrafo 1 de la cláusula 7 resulta abusiva, de mala forma, con la intención de desconocer el derecho que la convocante tenía a recibir una remuneración por los grupos de alumnos provenientes del SENA que ya se habían conformado en el primer semestre de 2018 y los proyectados para el segundo semestre del mismo año.

³⁷ Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. Laudo de 19 de agosto de 2005

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Nótese que si bien el parágrafo 1 de la cláusula 7 del Contrato facultó a Unipahu a declarar su terminación unilateral, tal atribución no contempló como supuesto el incumplimiento de la contratista, y por ello consagró una indemnización a su favor en caso del ejercicio de esta.

Así pues, el Tribunal admite para este caso la validez de la cláusula, pero no la forma en que se ejerció en cuanto no vacila en calificar como abusivo el ejercicio que se hizo de la misma. La cláusula de terminación unilateral del Contrato en forma anticipada, por la voluntad de la entidad contratante, en cualquier tiempo –porque el Contrato no distingue– mediando una indemnización no admite cuestionamientos acerca de su validez a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1535 del Código Civil. Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“las estipulaciones potestativas de renuncia de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que además ha recibido ejecución por parte y parte durante determinado tiempo, no pueden ubicarse dentro de las prohibidas por el primer inciso del artículo 1535 del Código Civil, sino dentro de las permitidas por el inciso segundo”³⁹.

No obstante lo anterior, en este caso lo que el Tribunal identifica como transgresor de los derechos de la convocante es el ejercicio que la convocada hizo de la cláusula de terminación unilateral, puesto que para ello invocó de manera expresa y se apoyó en el incumplimiento de las obligaciones de la contratista, desconociendo que la terminación en el marco de esa hipótesis había sido reservada expresamente por las propias partes para que pudiera ser “exigida”, esto es solicitada, pedida o demandada, cuestión que sólo resulta procedente tramitar ante el respectivo juez del Contrato.

A lo anterior se agrega la circunstancia de que la posibilidad que también convinieron las partes a través del parágrafo 1 de la misma cláusula 7, para que Uninpahu pudiera dar por terminado el Contrato en cualquier tiempo, con el consiguiente reconocimiento de la indemnización allí acordada a favor de la ahora convocante, partió del supuesto de excluir por completo de su campo de aplicación la hipótesis fáctica convenida como causal de terminación en el párrafo inicial de esa misma cláusula 7, referida al incumplimiento de las obligaciones de la contratista, razón por la cual resulta evidente que si la convocada le enrostró a la convocante el incumplimiento de sus obligaciones para justificar su decisión de terminación anticipada del Contrato, de ninguna manera la institución universitaria estaba apoyando su decisión –ni podía apoyarla válidamente– en el referido parágrafo 1o de la citada cláusula contractual.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de febrero de 1961

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

En tercer lugar, porque los motivos aducidos en la comunicación del 5 de junio de 2018 no cuentan con soportes que permitan tenerlas como reales o ciertos, y, por tanto, no justificaban que se pudiera dar por terminado el Contrato sin mediar declaración judicial.

No son reales ni ciertos porque no se ha podido establecer en el proceso, como no se estableció tampoco en su momento por parte de Uninpahu, que la contratista hubiere incumplido sus obligaciones contractuales o que hubiere derivado para sí un enriquecimiento injustificado por razón de la ejecución del Contrato, amén de que lejos de haber demostrado *“un claro ánimo defraudatorio para con la Institución”*, tanto el objeto como la causa del Contrato se han revelado lícitos, cuestiones que han quedado despejadas totalmente a lo largo del presente laudo.

Tampoco son claros dichos motivos, porque no es posible conocer con precisión y/o de manera unívoca cuál fue finalmente la razón que sirvió de fundamento a Uninpahu para ejercer su facultad de terminación unilateral del Contrato: el incumplimiento de las obligaciones de la contratista; o el *“ánimo defraudatorio para con la Institución”* por la sola celebración del Contrato; o la alegada falta de nitidez en que quedó redactado el objeto del Contrato; o la mencionada imposibilidad de acreditar el cumplimiento de las obligaciones de la contratista; o el enriquecimiento sin causa que se le imputó por la ejecución de dicho Contrato; o la previsión establecida en el transcrito párrafo 1 de la cláusula 7 del Contrato, todas las cuales se mencionaron simultáneamente a través de la manifestación de voluntad, generadora de efectos jurídicos, mediante la cual la convocada comunicó a su cocontratante su decisión de dar por terminado el vínculo contractual que las unía.

Lo cierto es que, según se ha probado dentro del proceso, la conmutatividad del Contrato se mantuvo durante su ejecución. La erogación de la remuneración de la contratista siempre tuvo correlación con el número de estudiantes provenientes de los programas tecnológicos del SENA matriculados en los programas universitarios de Uninpahu, según informes provenientes de la propia interventora de la institución universitaria, amén de que no hay evidencia alguna en el proceso que indique que los pagos efectuados hayan tenido causa diferente.

Sobre el número de estudiantes del SENA matriculados en los programas de la entidad universitaria demandada al que se refirió la convocante en el hecho 6.19 de la demanda inicial, la convocada respondió en forma ambigua y/o elusiva, asumiendo así los efectos que para estos eventos señala el artículo 97 del Código General del Proceso.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

En cuarto lugar, porque no ha habido una excesiva onerosidad sobreviniente para la entidad contratante. Al respecto, la jurisprudencia la ha reconocido como un fenómeno que puede dar lugar a la revisión del contrato o incluso a su terminación, cuando se debe a circunstancias imprevistas, imprevisibles que atañen a las bases del negocio, acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato y este es de tracto sucesivo. La Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás ha dicho:

“Por consiguiente, para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio, es menester un triple requisito: 1º. Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2º- Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3º- Y, finalmente, que en el caso de que la seguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe”⁴⁰.

Pues bien, las circunstancias en que se celebró el Contrato que aquí se examina no cambiaron y al respecto ni siquiera hay noticia en el expediente.

Si tales circunstancias hubieran cambiado, si la parte ahora convocada hubiese considerado que las circunstancias bajo las cuales celebró el Contrato habrían cambiado, a tal punto que le hubieren tornado imposible cumplir lo pactado sin sufrir lesión en sus intereses, en tales eventos habría podido acudir al juez del Contrato en busca de que modificara hacia adelante la ejecución del mismo. Pero no lo hizo, a más de que no habría podido cambiar lo ya ejecutado.

La jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de precisar que la revisión de los contratos no es posible respecto de actos ya ejecutados⁴¹.

Ahora bien, ante el supuesto incumplimiento de la contratista lo que la institución contratante habría podido hacer era demandar la ejecución o la terminación del Contrato, previa acreditación en juicio del alegado incumplimiento de las obligaciones de la contratista, junto con la correspondiente indemnización de perjuicios, pero no darlo por terminado por su propia cuenta. Y si consideraba que había un desequilibrio sobreviniente habría podido acudir al juez en busca de su revisión, probando que las circunstancias bajo las cuales fue celebrado habrían cambiado de manera intempestiva y sustancial.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia – sala Plena – 25 de febrero de 1937

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de octubre de 1936

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

En quinto lugar, el Tribunal considera que la aplicación de la suma de \$120 millones que se acordó en el párrafo 1 de la citada cláusula 7 como tope máximo de la indemnización a que la contratista tendría derecho cuando la entidad contratante diera por terminado unilateralmente el Contrato, se encontraba supeditada a que dicha terminación unilateral por parte de la entidad contratante encontrare causa en una circunstancia completamente diferente a la del incumplimiento de las obligaciones de la contratista, causal que, por el contrario, fue expresamente invocada en este caso para apoyar la decisión de terminación unilateral que adoptó la institución universitaria contratante, lo cual excluyó para este caso la aplicación de las estipulaciones acordadas en el párrafo 1º de la aludida cláusula 7.

A lo anterior se impone agregar que en cuanto en este caso se encuentra probado que la parte convocada incumplió el Contrato al darlo por terminado unilateralmente por causa diferente a la que estaba autorizada para hacerlo, comoquiera que para adoptar esa decisión se valió de los incumplimientos contractuales –por demás inexistentes, tal como en este proceso ha quedado establecido– que le imputó a la contratista, a sabiendas de que para esa específica causal las propias partes convinieron la necesidad de “exigir” la terminación lo cual obligaba a acudir ante el juez del Contrato, en lo que no es más que la reafirmación de la previsión legal consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, según el cual en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado el otro contratante podrá pedir –ante el juez del Contrato, según ya se explicó–, o la resolución o el cumplimiento del Contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, va de suyo entonces que en cuanto la contratista ha acreditado el cumplimiento de sus obligaciones, así como quedó probado también el anotado incumplimiento contractual de su contratante, tiene derecho igualmente a demandar la correspondiente indemnización de perjuicios, reconocimiento que en modo alguno puede estar limitado a la cuantía que se previó para aquellos casos en los cuales la contratante hubiere ejercido adecuadamente, esto es sin invocar el incumplimiento del Contrato, la facultad de terminación unilateral por causas contempladas en el citado párrafo 1 de la cláusula 7.

Así las cosas, tanto en los términos previstos en el citado artículo 1546 del Código Civil a cuya aplicación reconoce viabilidad en este caso el Tribunal, como de conformidad con los dictados del artículo 16⁴² de la Ley 446 expedida en 1998, es claro que la contratista que satisfizo sus prestaciones y que soportó la terminación ilegal y abusiva del Contrato por decisión unilateral de su contraparte, naturalmente tiene derecho a obtener la indemnización de los perjuicios que le fueron irrogados, sin que dicha indemnización pueda limitarse por el monto contractualmente convenido por las partes para una hipótesis

⁴² **“ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS.** Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. (Se deja subrayado y resaltado).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

diferente que no se configuró en este caso, como la que se previó en el citado párrafo 1 de la aludida cláusula 7.

De esta manera, dado que la contratista tiene derecho a una indemnización plena de los perjuicios causados, los mismos serán reconocidos con base en el juramento estimatorio, por las razones que se exponen más adelante.

En todo caso, aún si el Tribunal llegase a admitir en vía de discusión que la parte convocada hubiere dado por terminado el Contrato en uso del citado párrafo 1 de la cláusula 7, a igual conclusión se arribaría, debido a que, examinado en su integridad el escrito de terminación, no cabe duda que el mismo comportó el ejercicio abusivo de un derecho, lo cual resulta contrario a la Constitución y a la ley, como lo ha sentado amplia y categóricamente la jurisprudencia, como lo refleja la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia que será citada a continuación, postura que en ningún caso podría obtener la tutela del aparato judicial del Estado.

“La jurisprudencia, reconoce en precisas circunstancias que el ejercicio de la facultad de terminación unilateral, no configura de suyo un abuso de derecho (artículo 830, C. de Co), sin sentar una directriz general inflexible ni descartarlo a priori, por cuanto, podrá ser abusiva, y por regla general, en los casos legales o contractuales, la parte puede terminar el contrato con sujeción a la corrección, lealtad, buena fe y recto ejercicio de los derechos, pero en lo “...contractual tiene cabida el abuso del derecho..”, y puede “...presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual” (LXXX, 656; cas. civ. sentencias de 6 de diciembre de 1899, XV, 8; sentencia de 6 julio de 1955, LXXX, 656; 11 de octubre de 1973, CXLVII, 82; 19 de octubre de 1994, exp. 3972), de donde, en armonía con el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual, todas las personas están obligadas a “[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, deben “entenderse las cláusulas convencionales o las regulaciones legales o constitucionales permisivas de la terminación unilateral del pacto respectivo, debido a que ellas no pueden interpretarse a distancia del postulado de que se viene hablando, como quiera que exigen ser observadas a través de su propio prisma, ante la posibilidad de que en ejercicio de esa facultad se incurra en violación del derecho ajeno; ello supone entonces que deben apreciarse bajo el entendido de que su actividad no puede ser causa de daño a quienes han contratado con el agente, salvo, claro está, que exista razón que lo justifique, como sucedería, verbi gratia, cuando el comportamiento del contratista, dada su falta de honradez o inteligencia, lo imponga” (cas. civ. sentencia de 16 de septiembre de 2010, exp. 11001-3103-027-2005-00590-01).

“A esta directriz, se sujetan las prerrogativas ad nutum, ad libitum o a arbitrio, en cuyo ejercicio el titular no es ajeno “al inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (arts. 95,1 C.P. y 830 C.Co), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero o a la simple volición” (cas. civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

“En consecuencia, todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, el ejercicio del derecho potestativo, incluso discrecional, se rigen por los principios de la buena fe, evitación de abuso del derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y el abuso del derecho constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades”⁴³.

En este sentido destaca el Tribunal que la buena fe se caracteriza como un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte.

“La buena fe es una norma de conducta que impone a la parte la consideración de la utilidad del otro, salvaguardar razonablemente la expectativa legítima de la contraparte”⁴⁴.

En consecuencia, si se han cumplido las obligaciones contractuales, la terminación unilateral no puede propiciar el enriquecimiento sin causa de quien así lo decide, ni ser usado a la manera de una condición meramente potestativa, ni ejercerse de manera abusiva y menos aún ser causante de un daño injustificado a su cocontratante .

Concretamente, dar por terminado unilateralmente el Contrato en junio de 2018, cuando ya se habían causado, se habían pagado y se habían devengado las matrículas del primer semestre de 2018, sin reconocer la remuneración a que la contratista tenía derecho constituye un acto abusivo que provoca el enriquecimiento ilícito de la entidad contratante.

Los motivos o razones reales o verdaderos por los cuales Uninpahu dio por terminado el Contrato se pueden dilucidar en el testimonio de Sandra Fabiola González Gómez, cuando a la pregunta formulada por el apoderado de la propia convocada acerca de ello respondió:

“Pues básicamente porque no hay una, primero porque no se tiene conocimiento de este tipo de contratos en instituciones de educación superior y cuando él (se refiere a Jesús Antonio Peñaranda Bautista) asumió la rectoría, pues empezó a cuestionar mucho sobre este contrato, segundo por las altas sumas que debían ser pagadas semestralmente, tercero, porque no había claridad de que efectivamente los estudiantes que la institución registraba como provenientes del Sena, por lo que presentaban pues que efectivamente habían hecho estudios en el Sena vinieran directamente por gestión de la doctora Patricia Asmar o simplemente porque quisieron profesionalizarse con Uninpahu.”

⁴³ Ob cit. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de agosto de 2011

⁴⁴ Bianca, Massimo, El Contrato, trad. Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007 citado por Rengifo García, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. Legis, 2014

Tal como se puede apreciar con claridad, las que fueron identificadas en realidad son razones de oportunidad o conveniencia que estaban en el fuero de la entidad universitaria contratante. La cláusula que le permitía a la Universidad dar por terminado unilateralmente el Contrato, sin mediar el consentimiento de la contratista, no la eximía del deber de obrar de buena fe, con lealtad y en forma no abusiva para, después de adoptar la terminación correspondiente, proceder a la liquidación del Contrato, sin que ello pudiese suponer o validar la exigencia previa –como se hizo en este caso– de la *“devolución a la Institución de todos los dineros que ha recibido”* la contratista en virtud de la ejecución de ese mismo Contrato.

Al folio No. 5 del cuaderno de pruebas No. 2 obra el registro de estudiantes en el primer semestre de 2018 (2018 I) en el marco de la alianza SENA – Uninpahu en cada uno de los programas universitarios encadenados y en cada uno de los cursos o niveles, en suma de 318 estudiantes, información que naturalmente le habría permitido a la Universidad liquidar la remuneración de la señora María Patricia Asmar por lo que le correspondía a ese período.

Y al folio No. 9 del mismo cuaderno de pruebas No. 2 obra la estadística de los estudiantes matriculados por ciclo en los cuales se identifica claramente el número de los que correspondían a la Alianza UNINPAHU – SENA Ciencias de la Información y Bibliotecología e Ingeniería de Software, lo cual habría permitido hacer las proyecciones para lo correspondiente al período 2018 II, para hacer la liquidación o corte de cuentas del Contrato según lo dispuesto en el parágrafo 2 de la cláusula 7.

4.2 El ejercicio de los deberes propios de un administrador diligente

La parte convocada también propuso la excepción denominada *“ejercicio de los deberes propios de un administrador diligente”*, para sostener que el representante legal de la Universidad, con apoyo, por vía de analogía, en los deberes legales que se predicán respecto de los representantes legales de las sociedades mercantiles (Ley 222 de 1995, artículo 23), estaba llamado a terminar una relación jurídica contractual que, al decir de ella, estaba edificada en una obligación de imposible acreditación y que además tenía raíz en una causa ilícita.

Así mismo, en sus alegaciones finales, la parte convocada trae a colación la declaración del representante legal de Uninpahu para sostener que la decisión de terminación unilateral del Contrato se justificaba porque no se evidenciaba gestión de la convocante, aludiendo a la gestión comercial para la absorción de estudiantes.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Uninpahu es una institución de educación superior privada sin ánimo de lucro, organizada bajo la forma de fundación, y las fundaciones son personas jurídicas que están sujetas a un amplio margen de autorregulación, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes las crean. Concretamente el artículo 650 del Código Civil dispone que las fundaciones se rigen por los estatutos que el fundador les hubiere dictado y, en su defecto, por las directrices que establezca el Presidente de la República en ejercicio de la facultad constitucional de intervención (189, núm. 26 C.P.).

Ahora bien, aun cuando su actuación se ampare en la autonomía o en la discrecionalidad de su cargo, ello no excusa la responsabilidad de la institución por el perjuicio causado a la contratista por la terminación unilateral del Contrato en forma ilícita o indebida, como se ha señalado, por lo cual la excepción no está llamada a prosperar. Las responsabilidades del administrador le imponían al representante legal el deber de obrar de buena fe, dando estricto cumplimiento al Contrato celebrado y velando por el cumplimiento de la finalidad para ambas partes, antes que obrar de manera egoísta y abusiva pensando exclusivamente en la conveniencia, necesidad, oportunidad o rentabilidad para la Universidad.

Este Tribunal no tiene a su cargo evaluar la responsabilidad personal del rector de la Universidad por la decisión que adoptó en el sentido de dar por terminado unilateralmente el Contrato en la forma abusiva en que lo hizo. Esa, a juicio del Tribunal, se sometería al régimen de responsabilidad civil y no al régimen de responsabilidad de la Ley 222 de 1995, por no ser aplicable a las instituciones sin ánimo de lucro.

De conformidad con el artículo 650 del Código Civil los órganos de dirección de una entidad de esa naturaleza se rigen por los estatutos dictados por el fundador. Además el artículo 633 del Código Civil marca el lindero con las sociedades comerciales. No habiendo entonces vacío normativo no cabe la aplicación por analogía de las normas que regulan la responsabilidad de entidades con ánimo de lucro. El artículo 8 de la Ley 153 de 1887 consagra la aplicación analógica de la ley *“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido”*.

En apoyo de lo anterior, cabe mencionar que la Superintendencia de Sociedades en concepto contenido en Oficio 220-053767 del 14 de marzo de 2016, expresó que las normas de la Ley 222 de 1995, específicamente la sección II que trata de los administradores, son normas de interpretación restrictiva y que por esa razón tales disposiciones no pueden ser aplicadas por analogía a sujetos diferentes a sus destinatarios:

“En efecto, por tratarse de normas de carácter restrictivo, es natural que su aplicación no pueda hacerse extensiva por vía analógica a las personas que no están expresamente señaladas como sujetos de dicha regulación. Ello significa, asimismo, que los demás funcionarios responderán por los perjuicios que ocasione su actuación, de acuerdo con los principios que gobiernan el régimen general de la responsabilidad”.

4.3 La teoría de los actos propios

Un comportamiento voluble como el de la Universidad, en el que después de haber tenido sucesivamente por cumplidas las obligaciones de la contratista y, como directa consecuencia de ello, haberle pagado en debida forma su remuneración en forma periódica y pacífica durante varios semestres, súbitamente pasó, sin mediar requerimiento, a declarar incumplido el Contrato, da lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios y, naturalmente, al postulado de la buena fe, imprescindible en las relaciones contractuales.

Cotejadas, por un lado, la postura que en relación con las actividades de la contratista mantuvo durante varios años el establecimiento educativo, aún con las salvedades en los informes de interventoría No. 1 y No. 2 que, como ya se vio, no tuvieron la connotación suficiente para inferir el incumplimiento del Contrato y, por el otro, la que posteriormente pretende sin fundamento plausible aducirse en este proceso como sustento de la réplica, es palmario que con este inopinado comportamiento se busca injustificadamente negar la primera conducta, sin que, se insiste en ello, se explique satisfactoriamente este cambio intempestivo e inadmisible de su comportamiento.

Esa actitud contraría abiertamente lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado la teoría de los actos propios, sustentado tanto en el principio de la buena fe de rango constitucional –artículo 83–, desarrollado en los artículos 678 y 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, entre otros, como en el de la confianza legítima, de conformidad con la cual, en términos compendiados, a nadie le es dable contradecir abruptamente, sin justificación razonable, sus propias actuaciones precedentes, debido a que este cambio precipitado e incoherente afecta o perjudica gravemente las expectativas pretéritas válidamente adquiridas por otro.

La Sala de Casación Civil en sentencia del 24 de enero 2001, radicado 11001 3103 025 2001 00457 01, sostuvo:

“... referir a la doctrina de los actos propios, es reclamar la exigencia de un comportamiento coherente; de ahí que, la concreción de una u otra conducta, según su extensión y efectos, vista en retrospectiva, permite precisar si lo cumplido estaba en la misma línea de lo que, otrora, se ejecutó. Realizado este ejercicio, si lo acaecido no correspondió a lo que en el pasado inmediato tuvo lugar; si no hay puentes comunicantes entre una y otra conducta que le

mantengan en su esencia, significa que el acto propio no fue respetado y, contrariamente, el proceder desplegado contradijo su inmediato antecedente, esto es, vulneró el principio analizado.

[...]

“... Las reseñas verificadas, con todo y las variables incorporadas en cada región o normatividad, respecto de las cuales no entra la Corte a establecer categorizaciones o ligeras generalizaciones, ponen de presente la teoría de los actos propios o “venire contra factum proprium non valet”, que en definitiva conclusión, puede anunciarse que es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.

[...]

“Empero, cumple resaltar que el objetivo último, no es, en verdad, salvar la contradicción del acto o impedir la incoherencia de un determinado comportamiento; el fin, esencial, por lo demás, es evitar que, con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la conducta desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente”.

Y en su fallo SC0326-2014, explicó:

“Respecto de la buena fe, principio general del derecho, hoy de rango constitucional (art. 83, C.P.), se debe destacar, entre sus distintas facetas y modalidades, la regla de conducta que exige de las personas un comportamiento ajustado a estándares o parámetros de corrección, lealtad o probidad en todas sus actuaciones, particularmente, en aquellas con significación jurídica.

“Vista de esa forma, la buena fe conduce, aparejadamente, a que en cada sujeto surja válidamente la expectativa legítima de que los demás, cuando se establecen relaciones interpersonales con relevancia para el derecho, van a proceder en forma coherente con sus conductas o comportamientos precedentes, generándose así un clima de confianza y seguridad que, en buena medida, se erige en uno de los pilares fundamentales de la vida en sociedad, toda vez que sirve a la convivencia pacífica y a la vigencia de un orden justo, que, como lo consagra el artículo 2º de la Constitución Política, son fines esenciales del Estado social de derecho”.

Doctrina y jurisprudencia reiteradas convergen en señalar los siguientes requisitos para la aplicación de la teoría de los actos propios:

“i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio”. (Sentencia de 24 de enero de 2001, rad. 20010045701; subrayamos).

La doctrina jurisprudencial que se deja expuesta, al contrastarla con el asunto que examina el Tribunal tiene cabal aplicación por las razones expresadas al examinar en conjunto las pruebas, pues, en efecto resulta abiertamente incoherente que, cuando en la misma o similar situación, en el pasado a la demandante se le estuvieron pagando por la demandada sus comisiones, incluso bajo las salvedades anotadas, dando lugar a que a la misma se le generaran fundadas expectativas de que las cosas continuarían de la misma manera, después brusca y sorpresivamente se quisieran cambiar, como en efecto sucedió, esos actos del pasado; y desde luego, con semejante proceder se causaron perjuicios a la contratista que han de ser indemnizados.

5. La prueba pericial

Acerca de la prueba pericial, medio de convicción contemplado por el artículo 165 del Código General del Proceso, resulta palmario que aunque constituye un apoyo importante cuando, al tenor del artículo 226, inciso 1°, ibídem haya lugar a “verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”, será el sentenciador en definitiva quien le otorgue la fuerza o el mérito probatorio que le corresponda en determinado asunto, en tanto y en cuanto se ajuste con estrictez a las exigencias requeridas por el artículo 232 ejusdem, pues al respecto esta norma refiere que ha de apreciarse *“de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”*.

El ordenamiento procesal en este punto, además, da otra serie de parámetros que forzosamente han de guiar al fallador en esta tarea, puesto que, tras ordenar el inciso 4° del artículo 226 al perito que acompañe *“los documentos que le sirven de soporte”* y que coherentemente, como acaba de expresarse, en su ponderación observe si al rendirse guarda concordancia con los restantes elementos probativos aportados al proceso, asimismo traza, en el inciso siguiente de este mismo texto legal, como criterio para su cabal ponderación que *“todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado”* a lo cual agrega que *“... en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones”*.

El compendio que viene de hacerse, amén de señalar algunas de las pautas que inexorablemente deben orientar la apreciación de la experticia, conduce a afirmar, sin dubitación, que siempre será misión insoslayable del juez calificarla libremente, por cuanto su fuerza de convicción no surge por sí misma ni siempre aisladamente sino en la medida en que sus fundamentos y conclusiones se ajusten a los requisitos previstos en la ley, la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

pericia venga acompañada de los respectivos soportes y la misma guarde la debida correspondencia con el haz probatorio que obre en el proceso.

De otro modo, vale decir, si no fueran los encargados de administrar justicia quienes, dentro del sistema de la libre apreciación racional, determinaran finalmente las bases de la peritación, ello conduciría a que terminaran siendo los peritos o los auxiliares de la justicia quienes decidieran los procesos.

En este preciso punto ha señalado la jurisprudencia: *"La opinión de los peritos ha expresado la sala, no 'obliga en sí misma y por sí sola'"* (G.J., t. LXXI, pág.375), como tampoco su existencia en el interior del proceso determina, *per se*, su forzosa admisión por parte del juzgador, por cuanto ella siempre estará sometida a la seria y ponderada evaluación de éste, quien en todo caso ha de tener en cuenta los presupuestos referidos en aquellas disposiciones, para asignar libremente, dentro de su discreta autonomía, el mayor o menor grado de convencimiento que le asigne para la demostración de los hechos materia del debate.

En otra ocasión, dijo esa Alta Corporación:

"El concepto emitido por el tribunal en la sentencia y la acusación al respecto y de que se acaba de hacer mérito, plantea de nuevo el problema que sobre el particular tiene ya resuelto la Corte y que además ha sido estudiado ampliamente por los doctrinantes, a saber: hasta dónde vincula al juzgador un dictamen pericial. La fuerza vinculante..., en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por la jurisprudencia..."

Y a continuación, no sin antes expresarse en el mismo fallo que los textos legales existentes *"... no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen..."*, se agrega: *"... esas normas dan amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánicamente o ciegamente"* (G.J., t. LVII, página.532), ni si quiera, cuando falte cualquier solicitud de aclaración, pues ello equivaldría a suponer que correspondiera a los peritos reemplazar al juez en su misión de dirimir los asuntos a su cargo.

Las consideraciones que preceden permiten al Tribunal afirmar, de entrada, que la pericia contable presentada en este proceso por la parte demandante se encuentra equivocada por ausencia de argumentos suficientes, por la deficiencia de sus fundamentos, y por la falta de soporte que explique sus conclusiones, como también resulta contradictoria con los elementos probatorios aducidos en este proceso.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Basta ver, respecto de la primera respuesta emitida sobre la suma de dinero correspondiente al segundo semestre de 2017, que el dictamen en mención desconoció la realidad consistente en que ninguna cantidad adeuda por ese concepto, a la demandante, la parte demandada.

Estima el Tribunal que las consideraciones ampliamente expuestas en precedencia al examinar este punto son suficientes para notar la equivocación en que se incurrió, desde luego que se aleja del conjunto de pruebas recaudadas como, a manera de síntesis se repite, lo son la vigencia del Contrato en cuanto al pago de las comisiones, la aplicación práctica que los contratantes le concedieron, la fecha efectiva del primer pago, o sea la del primer semestre de 2015, la seis facturas presentadas e igual número de cheques emitidos y cancelados, elementos probatorios que, sin ambages, permiten concluir, en contravía del dictamen, que ninguna cantidad por este período adeuda la convocada a la convocante y que, por tanto, riñe con la realidad fáctica que palmariamente aflora en este proceso y con las demás consideraciones que quedaron consignadas.

Ahora, en lo concerniente con el período 2018, primero y segundo semestres, también es diáfano que el dictamen se resiente por falta de fundamentación que le sirva de apoyo a sus conclusiones, de suerte que estas son simplemente conjeturales.

Evidentemente, tal y como quedó al descubierto en la audiencia celebrada el 21 de abril pasado, la experticia en estudio no adujo, como lo ordena perentoriamente el artículo 226, incisos 4° y 5°, atrás aludido, ni la memoria de cálculo ni los anexos necesarios que la llevaran a hacer sus proyecciones y las consiguientes conclusiones, lo que equivale a decir que desatendió gravemente el mandato de esa norma, según el cual el dictamen *“deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento...”*, por lo cual, en ausencia de ellos, caen al vacío sus explicaciones y métodos utilizados que condujeron a efectuar unas conclusiones numéricas, las cuales, entonces, no duda el Tribunal en calificarlas como infundadas y ambagiosas.

Por añadidura, para el Tribunal es claro que, sin esos imprescindibles soportes, se desploma cualquier estimativo sobre cómo se consideró que quedarían conformados los grupos para los dos semestres de 2018, y, más grave, que se hayan hecho valoraciones sobre un número inferior de 26 estudiantes, cuando el Otrosí No. 1 del Contrato sólo permitía comisión del 6% sobre el número de alumnos efectivamente matriculados, que oscilaran entre 33 y 26, amén de que el tema del método de lo que llamaron *“deserción”* de los mismos adolece de todo sustento, por lo que de ninguna manera puede dársele credibilidad a la afirmación de la experta según la cual *“yo presento en mi dictamen los resultados y le explico en el dictamen cuál es la información”*.

Son suficientes estas razones para concluir, por esta parte, que la experticia es conjetural e hipotética, sin perder de vista, adicionalmente, que no era de incumbencia de la perita realizar análisis alguno relativo al contenido de los informes de auditoría, por cuanto ello correspondía a un ámbito ajeno a su conocimiento especializado, de exclusivo examen por el Tribunal.

Por estas razones, procederá el Tribunal a desestimar el dictamen de parte presentado por la convocante.

6. Valoración del juramento estimatorio

6.1 Valor probatorio del juramento estimatorio

El juramento estimatorio es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia de quien lo presta y se sustenta en el principio de la buena fe⁴⁵; este se hace para probar la cuantía de un derecho, más concretamente, el derecho a una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, más no la existencia del derecho mismo.

De esta figura se ocupa el artículo 206 del Código General del Proceso. La característica más relevante del juramento estimatorio radica en que si la parte contraria no lo objeta y no existe cuestionamiento fundado del juez, es suficiente, por sí solo, para establecer la cuantía del derecho en cuestión. Por razones de probidad y de buena fe se admite que la estimación que haga la parte interesada de manera razonada acerca de la cuantía de los perjuicios sufridos, le sea reconocida como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena⁴⁶.

Es importante señalar que el juramento estimatorio no es plena prueba del daño, sino del monto del perjuicio, en cuanto no hubiere sido objetado razonadamente.

Sobre la carga de probar la existencia del derecho, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“Además, aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio. La prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones. Incluso, el parágrafo del artículo 206 del Código

⁴⁵ La institución del juramento estimatorio se funda en el principio de buena fe reconocido en el artículo 83 de la Carta, conforme al cual deben actuar tanto los particulares como las autoridades, al punto de que se llega a presumir en las gestiones que los primeros lleven ante las segundas. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en su intervención en la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1564 de 2012, artículo 206, Parágrafo Único. Expediente D-9263

⁴⁶ Sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013

General del Proceso establece una sanción al litigante «...en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios...», ello con el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013”.

El juramento estimatorio de los perjuicios materiales en el caso concreto que ahora se examina (lucro cesante) corresponde al valor de las comisiones dejadas de percibir por el primero y el segundo semestres de 2018 a que la demandante tenía derecho según la cláusula cuarta del Contrato, modificada por el Otrosí No. 1. Dicho juramento tiene soporte, al decir del demandante, en dos fuentes: el “*modelo de viabilidad financiera utilizado en el contrato*”, y el dictamen pericial que acompañó a la demanda.

El juramento estimatorio se valora en función de la buena fe. Por eso el juez, reitera el Tribunal, puede desestimar el juramento, aun cuando no se presente objeción de parte, si advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que hay fraude, colusión o cualquier otra situación similar (artículo 206 Código General del Proceso). Por su parte el dictamen pericial se aprecia en función de los requisitos de lógica, de técnica, de ciencia, de equidad y de los demás requisitos exigidos para su validez y eficacia, como que sea claro, preciso, exhaustivo y detallado, amén de la idoneidad y credibilidad de quien lo rinde (artículo 226 Código General del Proceso).

La pregunta que ahora se impone formular se encamina a esclarecer si por carecer de valor probatorio el dictamen pericial, pierde valor el juramento estimatorio. Considera el Tribunal que no, porque se trata de dos medios de prueba autónomos e independientes entre sí y, como lo ha expresado la doctrina, cuando se está frente a un juramento estimatorio que se hizo en debida forma y no fue objetado o cuando la objeción no satisface las exigencias formales exigidas por el legislador, se constituye en la prueba única, suficiente e idónea que el juez tiene que valorar y aceptar.

6.2 La objeción del juramento estimatorio

Tal y como se anotó en precedencia, el juramento estimatorio hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo, a lo cual la propia ley agrega, con absoluta precisión y claridad, que

“Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”.

En consecuencia, si el demandado no objeta el juramento estimatorio o lo hace en forma genérica, infundada y/o sin razones en torno a la inexactitud que pretende atribuirle, el juramento estimatorio se convertirá en prueba de la cuantía de la reclamación, por lo cual

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

a través del juramento no objetado se tendrá por demostrado el monto que el demandante reclama y, por ello, el juez, en principio, quedará atado a dicha estimación.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero de la norma procesal que se viene comentando

“Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido”⁴⁷.

La objeción al juramento estimatorio para que pueda ser considerada tal requiere, necesariamente, entonces, reunir unos requisitos mínimos establecidos expresamente en el comentado artículo 206 del Código General del Proceso, consistentes en “que se especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”, lo cual permite identificar como elementos de la objeción que *i)* se especifique la inexactitud, y *ii)* que ello se realice razonadamente, además de hacerse en la oportunidad procesal que corresponda. La contradicción del juramento contenido en el acto de postulación, se realiza en el traslado a la parte contraria, esto es al contestar la demanda y no después.

Sin la especificación señalada, la norma advierte que no será posible tener en cuenta la objeción. No se trata de manifestar cuáles son las razones de oposición al derecho reclamado; lo que la ley exige es que se expliciten los motivos de la inexactitud en su estimación.

Sendos pronunciamientos arbitrales han señalado:

“El juramento estimatorio presentado con arreglo a la Ley, de acuerdo con lo previsto por el artículo 206 en comento, está llamado a convertirse en prueba del monto reclamado, si el demandado en el término de traslado respectivo no formula objeción en su contra, la cual, como bien lo indica la disposición, debe especificar “razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación”, es decir, así como al demandante se le exige razonabilidad y fundamentación al momento de efectuar el juramento, idéntica carga se le impone al demandado cuando proceda a realizar la correspondiente objeción, pues deberá expresar con precisión y en forma razonada cuál es la inexactitud, imprecisión o yerro que se le endilga al citado juramento.

Si el demandado no objeta el juramento estimatorio o lo hace en forma genérica, infundada y sin razones en torno a la inexactitud que se le pretende atribuir, el juramento estimatorio se convertirá en prueba de

⁴⁷ Laudo Arbitral Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. v. Instituto de Desarrollo Urbano –IDU– y la Empresa de Transportes del Tercer Milenio - Transmilenio S.A. 28 de abril de 2017

la cuantía de la reclamación, es decir, en esta hipótesis, a través del juramento no objetado, el demandante demuestra el monto reclamado y el juez, en principio, queda atado a dicha estimación; sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero de la norma, “Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido”.

Así las cosas, cuando el juramento no se objeta o la objeción no satisface las exigencias legales, el juramento estimatorio se convierte en prueba de la cuantía reclamada y queda el demandante exonerado de acreditar dicho quantum a través de otros medios de prueba, no obstante lo cual, la norma en comento permite que el juez se aparte del juramento si evidencia que la cuantificación resultó ser notoriamente injusta o ilegal o encuentre fraude, colusión o cualquier otra maniobra similar.”⁴⁸

Pues bien, en el caso concreto que aquí se examina, encuentra el Tribunal que la objeción que formuló la parte demandada en su contestación a la demanda inicial en contra del respectivo juramento estimatorio, es una objeción que se formuló de manera general, la cual apunta a atacar la validez del Contrato como fuente de la obligación de pagar la remuneración a la demandante y/o se dirige a cuestionar la prueba de las obligaciones de la convocante, su validez y su cumplimiento, pero no se concentró en identificar cuál sería la *“inexactitud”* del quantum de los perjuicios cuya indemnización se reclama en esa demanda y cuya cuantía, precisamente, se especificó en dicho juramento estimatorio.

Además de que la referida objeción no especificó cuál habría sido tal *“inexactitud”*, ocurre que la convocada tampoco aportó argumento alguno que permita tener por cumplida la exigencia legal de que dicha *“inexactitud”* sea especificada *“razonadamente”*, lo cual impide que se pueda tener como objeción al juramento estimatorio, aquella inconformidad que la convocada expuso en contra del mismo.

Ciertamente, en el presente caso la objeción cabalga sobre el argumento de la convocada de que a la señora María Patricia Asmar le correspondía probar que cada estudiante matriculado en los diferentes programas objeto de la cadena de formación lo hacía como fruto directo de sus gestiones, pero no indica en forma precisa dónde radica la inexactitud.

Según lo refleja la cláusula cuarta del Contrato, la remuneración de la convocante correspondía a un porcentaje de la matrícula efectivamente pagada por los estudiantes

⁴⁸ Tribunal de Arbitramento PÖYRY INFRA S.A. v. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A. 3 de noviembre de 2016. En el mismo sentido, Tribunal de Arbitraje de GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S.A.S. v. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU– y la EMPRESA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO- TRANSMILENIO S.A. 28 de abril de 2017.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

que conformaban cada grupo, identificados previamente en el proceso de conciliación. A ello se agrega que en los informes de interventoría se observa que el proceso de conciliación consistió en establecer el número de estudiantes matriculados por cada grupo en los programas de formación objeto de articulación, a saber: Administración de Empresas, Ciencia de la Información y Bibliotecología e Ingeniería de Software.

Como consecuencia de lo expuesto y de conformidad con los precisos e imperativos dictados del citado artículo 206 del Código General del Proceso, la falta de especificación razonada de la inexactitud que se atribuye al juramento estimatorio, obliga al Tribunal a no considerar, es decir a desestimar, la que fue formulada como objeción, puesto que en las condiciones en que fue expuesta en la contestación a la demanda no permite legalmente considerarla como tal.

Ciertamente, al repasar con detalle la manifestación que formuló la convocada en su contestación a la demanda inicial con la finalidad de objetar el juramento estimatorio de la demandante, el Tribunal corrobora que a través de la misma no se especificó cuál habría sido la inexactitud del *quantum* identificado por la accionante y menos se expuso cuál habría sido la razonabilidad de tal inexactitud, así:

A.- En la primera causa de objeción que expone la convocada, se limitó a señalar que

*“La suma que se solicita no tiene asiento alguno en la realidad contractual. Como se dejó expuesto en las defensas de fondo, **UNINPAHU** considera que los dineros reclamados obedecen a una obligación de objeto ilícito, de una parte, y a obligaciones que se basan en hechos que no pueden demostrarse”.*

Nótese cómo en este punto la inconformidad de la convocada se limita a destacar de manera genérica tanto la supuesta ausencia de soporte probatorio acerca de las obligaciones que constituyen la fuente de la cuantía estimada por la convocante en su juramento estimatorio, como se apoya en la alegada ilicitud de tales obligaciones para tratar de desconocer los efectos de tal juramento estimatorio, aspecto puramente jurídico, pero nada dice acerca de la *“inexactitud”* que estaría afectando esa cuantía y menos señala las razones de tal *“inexactitud”*.

Tal como queda visto, bajo el amparo de la figura de la objeción del juramento estimatorio, el extremo convocado persigue trasladar la discusión sobre la eficacia de dicho juramento al terreno tanto de validez como probatorio de las obligaciones cuyo reconocimiento serán la fuente de la determinación de la cuantía acerca de la cual no se hace alusión, siquiera, a su supuesta inexactitud.

TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

porque la ley prevé que tales pruebas deben pedirse o aportarse solo cuando la estimación jurada, por efecto de la objeción, no sirva como medio probatorio para acreditar la cuantía de la indemnización reclamada. Si la contraparte la objeta, el Juez debe otorgarle a la parte accionante el término de cinco días para que ofrezca las pruebas dirigidas a acreditar los perjuicios, pues estos ya no quedarán probados con la estimación jurada.

Agrégase a lo dicho que mal puede admitirse que la objeción al juramento estimatorio se apoye o se soporte en la supuesta ausencia de pruebas respecto de su razonada cuantía, por la sencilla razón de que tanto la formulación del juramento como su objeción corresponden a manifestaciones o actuaciones que deben presentarse y/o cumplirse al inicio mismo del litigio, en sus etapas procesales preliminares, cuando todavía no se han decretado y menos acopiado las pruebas correspondientes, por lo cual resultaría inapropiado exigirle al demandante que su juramento estimatorio se encuentre acompasado *prima facie*, con las pruebas del proceso, al igual que resultaría desproporcionado pedirle al demandado que su objeción la contraste y/o la soporte con pruebas acerca de las cuáles no resulta posible establecer todavía, en ese momento preliminar del proceso, con certeza cuáles llegarán a formar parte del expediente.

C.- La tercera causa por la cual la demandada censura el juramento estimatorio de la demanda radica en lo siguiente:

“... cualquier dinero que se reclame a cuenta de una obligación basada en hechos de demostración imposible será desproporcionada, y es por tal motivo que el dinero reclamado, y que se señala en el juramento estimatorio, no tiene razón ni ninguna causa de ser”.

Una vez más el Tribunal confirma que en este caso la convocada, lejos de especificar razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación, vuelve a plantear la discusión en torno al carácter de probables o de imposible acreditación que a lo largo de su defensa ha expuesto acerca de las prestaciones cuyo reconocimiento persigue la demandante.

D.- La cuarta y última causa que la convocada invoca y expone como fundamento de su objeción, estriba en lo siguiente:

*“... la única manera de demostrar ese monto es demostrar en forma inequívoca que cada uno de los estudiantes matriculados lo fue por las gestiones de la señora **ASMAR**, cuestión que no puede demostrarse”.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

No hace falta esfuerzo alguno para advertir que esta última alegación tampoco indica, en modo alguno, cuál habría sido la inexactitud del juramento estimatorio y menos aporta los razonamientos acerca de tal *“inexactitud”*, comoquiera que aquí la convocada volvió a limitarse a discutir la manera de demostrar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la convocante.

Como síntesis de todo lo anterior, el Tribunal reafirma sus apreciaciones en el sentido de señalar que la objeción que al juramento estimatorio pretendió formular la parte convocada de ninguna manera atacó el cálculo de los perjuicios estimado por la convocante y, por tanto, en la medida en que dicha censura no satisfizo las precisas exigencias consagradas de manera perentoria en el artículo 206 del Estatuto Procesal, consistentes en que *“... la objeción [...] especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación”*, indefectiblemente debe aplicar la consecuencia mandatoriamente señalada para estos casos en la misma ley procesal, según la cual no hay manera entonces de considerar como objeción esas manifestaciones de oposición o de inconformidad para con el aludido juramento estimatorio de la demanda.

Así las cosas, dado que en el presente proceso se encuentra debidamente acreditado, además de los otros elementos de la responsabilidad civil, el daño imputable a la convocada por razón de la terminación abusiva del Contrato y ante la imposibilidad legal de considerar la objeción que se pretendió formular contra el juramento estimatorio de la convocante, el Tribunal deberá tenerlo como prueba de la cuantía de los perjuicios causados, máxime si se tiene presente que acerca del referido juramento estimatorio de la demanda el Tribunal no advierte la presencia de elementos que permitan sospechar sobre la existencia de fraude, colusión o cualquier otra situación similar, como tampoco existen elementos que permitan considerarlo notoriamente injusto o ilegal.

7. La observancia del principio de congruencia en el presente caso

Como parte de sus alegaciones finales, la parte convocada sostuvo que en este caso no hay manera de que el Tribunal pueda pronunciarse acerca de la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial, entre otras razones porque las mismas estarían inescindiblemente atadas al dictamen pericial de parte de carácter contable, por manera que la desestimación de dicho dictamen –a cuya estimación también se opuso– obligatoriamente determinaría el fracaso de tales pretensiones, so pena de que se pudiera violar el principio de congruencia que marca el campo de acción y/o de competencia para el juzgador.

En este punto importa poner de presente que el invocado principio de congruencia se encuentra consignado de manera expresa y positiva –naturalmente con carácter

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

imperativo— a la altura del artículo 281 del Código General del Proceso, cuyos incisos 1 a 4 rezan:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

“Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Acerca de los alcances del referido principio de congruencia han sido múltiples los pronunciamientos que de manera reiterada, pacífica y uniforme ha realizado la jurisprudencia nacional, tal como lo refleja, entre otros, el pronunciamiento que realizó la Honorable Corte Suprema de Justicia el 13 de agosto de 2001, oportunidad en la cual señaló:

“1. Se sabe que la congruencia de los fallos judiciales, constituye principio rector del ordenamiento procesal civil (art. 305 C.P.C.), en virtud del cual se le imponen diáfanas fronteras a la función jurisdiccional, por definición “reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, ..., artífices señeros del marco dentro del cual, a posteriori, deberá el fallador inscribir su resolución” (cas. civ. de 4 de septiembre de 2000; exp: 5602), motivo por el cual se ha considerado que dicho postulado “es el reverso del principio de idoneidad”⁴⁹ predicable de las peticiones de los contendientes, que de ser aptas para provocar un fallo estimatorio, imponen —de paso— que este sea acorde con el alcance de tales súplicas.

“Es esta una regla vinculada a la causa jurídica de la sentencia, a “la reclamación que ha engendrado el proceso en el que la sentencia se dicta”⁵⁰, lo que explica que, de antaño, para preservar ese nexo con el thema decidendum, la legislación procesal haya establecido que “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta” (art. 305 C.P.C.), norma ésta que recoge la antiquísima regla que así se enuncia: ne aet iudex ultra, extra o citra petita partium”⁵¹.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha definido el principio de congruencia

⁴⁹ Pedro Aragonese. *Sentencias congruentes*. Madrid. Aguilar. 1957. Pág. 10.

⁵⁰ Jaime Guasp. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1968. T. I. Pág. 516.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de agosto de 2001; exp. 5993

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

“... como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”⁵².

No desconoce pues el Tribunal, tanto la regulación procesal legal que consagra en forma positiva y mandatoria el principio de congruencia, como la importancia y el alcance que la jurisprudencia le atribuye, puesto que según queda expuesto y claramente desarrollado, los hechos, las pretensiones y las excepciones constituyen el marco que delimita el campo de acción del Juez de la causa, sin que le sea permitido excederlo comoquiera que ese principio, además, forma parte sustancial del debido proceso a cuya observancia también se encuentra sometido el fallador.

Pues bien, al descender al caso concreto que ahora se resuelve, debe el Tribunal detenerse a examinar las pretensiones 4.4, 4.6 y 4.7 de la demanda inicial, en las cuales se concreta la anotación que en sus alegaciones formula la parte convocada.

El siguiente es el tenor literal de las pretensiones mencionadas:

“4.- PRETENSIONES

“Respetuosamente LA CONVOCANTE solicita al Honorable Tribunal de Arbitramento, despachar en el Laudo correspondiente, conforme a derecho las siguientes peticiones:

“.....

“4.4.- Declarar que la UNINPAHU está obligada a cancelar a MARIA PATRICIA ASMAR las sumas de dinero causadas y no pagadas a título de comisión, correspondiente al segundo semestre de 2017, pagaderas en el primer semestre de 2018, y que según la tasación pericial corresponden a \$47.831.578.

“.....

“4.6.- Condenar a UNINPAHU a pagar a MARIA PATRICIA ASMAR a la ejecutoria del laudo arbitral la suma de dinero que a título de comisiones fueron causadas y no pagadas por UNINPAHU, correspondiente al segundo semestre de 2017 que debieron ser canceladas durante el primer semestre de 2018 y que como tasación pericial corresponden a la suma de \$47.831.578.

“4.7.- Condenar a UNINPAHU a pagar a MARIA PATRICIA ASMAR la suma de \$98.862.729 correspondiente a la indemnización equitativa de perjuicios materiales lucro cesante, según la tasación pericial, correspondientes comisiones de los períodos contractuales del primer y segundo semestre del 2018, no ejecutados por causa imputable a la demandada, las cuales debieron ser canceladas durante el segundo semestre de 2018 y primer semestre de 2019, respectivamente. (Se ha subrayado por fuera del texto original).

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-714 de 2013, que a su vez reitera lo dicho en las sentencias T-773 de 2008; T-450 de 2001 y T-025 de 2002, entre otras.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

A la luz del comentado principio de congruencia, para el Tribunal resulta perfectamente claro que de conformidad con los pedimentos de la demanda inicial y en particular en cuanto corresponde a las condenas deprecadas a través de las transcritas pretensiones 4.4, 4.6 y 4.7, sus pronunciamientos no podrían exceder, en modo alguno, los límites establecidos por la propia parte convocante.

Dichos límites están claramente constituidos, en cada caso, por los siguientes elementos:

- a. De una parte en cuanto al concepto o causa de las condenas solicitadas, así:
 - i. En la pretensión 4.4 se solicita la declaración en relación con y/o correspondiente a *“las sumas de dinero causadas y no pagadas a título de comisión, correspondiente al segundo semestre de 2017”*
 - ii. En la pretensión 4.6 se solicita la condena en relación con y/o correspondiente a *“la suma de dinero que a título de comisiones fueron causadas y no pagadas por la citada fundación, correspondiente al segundo semestre de 2017”*.
 - iii. Mediante la pretensión 4.7 se deprecia la condena correspondiente a *“comisiones de los períodos contractuales del primero y segundo semestres del 2018”*.
- b. De otra parte, en cuanto a la cuantía o monto de las condenas pretendidas:
 - i. En las pretensiones 4.4 y 4.6 se persigue el reconocimiento de la suma correspondiente a cuarenta y siete millones ochocientos treinta y un mil quinientos setenta y ocho pesos m/cte. (\$47'831.578,00).
 - ii. Mediante la pretensión 4.7 se busca el reconocimiento de la suma correspondiente a noventa y ocho millones ochocientos sesenta y dos mil setecientos veintinueve pesos m/cte. (\$98'862.729,00).

Así las cosas, el Tribunal entiende que de conformidad con las referidas pretensiones de la demanda inicial, las condenas solicitadas –salvo en lo que toca con las pretensiones 4.8, 4.9 y 4.10 de la misma demanda–, únicamente podrían tener fundamento, fuente y/o causa en cada uno de los conceptos expresamente señalados por la demandante en sus referidas pretensiones 4.4, 4.6 y 4.7, esto es por **comisiones causadas y no pagadas**

TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

correspondientes al segundo semestre de 2017 (pretensiones 4.4 y 4.6) o **correspondiente a comisiones de los períodos contractuales del primero y segundo semestres del 2018** (pretensión 4.7).

De esa manera resulta igualmente claro que el fallador no podría, en modo alguno, efectuar reconocimientos o pronunciar condenas con cargo a otros conceptos diferentes –salvo en lo que toca con las pretensiones 4.8, 4.9 y 4.10 de la misma demanda–, así tuvieran previsión dentro del mismo Contrato celebrado entre las partes, como por ejemplo si se procediere a condenar al pago de alguna cláusula penal que se hubiere pactado como sanción por el incumplimiento contractual, puesto que de hacerlo estaría incurriendo en un fallo *extra petita*.

En esa misma línea de pensamiento y de precisión, el Tribunal también comprende que con cargo a cada uno de los conceptos antes mencionados e individualizados, a los cuales quedó limitado su campo de acción y de decisión, no podría reconocer más que el límite cuantitativo que el demandante estableció en sus aludidas pretensiones 4.4, 4.6 y 4.7, esto es la suma máxima de **cuarenta y siete millones ochocientos treinta y un mil quinientos setenta y ocho pesos m/cte. (\$47'831.578,00)** por el primer concepto y la cantidad máxima de **noventa y ocho millones ochocientos sesenta y dos mil setecientos veintinueve pesos m/cte. (\$98'862.729.00)** por el segundo concepto.

Así pues, aunque para cada uno de los conceptos referidos se hubieren probado en el proceso perjuicios por valores superiores a los establecidos o señalados en cada una de las referidas pretensiones de la demanda inicial, los montos a cuyo reconocimiento limitó sus pretensiones la convocante no podrían ser excedidos o desconocidos por el Tribunal, ello sin perjuicio de tener la posibilidad válida de negar la condena de las sumas deprecadas en caso de que no hubiere lugar a la estimación de alguna o algunas de tales pretensiones, o de efectuar reconocimientos por valores inferiores si las pruebas respectivas únicamente acreditaran sumas menores al límite máximo que en cada caso estableció la propia demanda.

Por otra parte, en cuanto dice relación con las manifestaciones que literalmente consignó la demanda inicial a la altura de las pretensiones que aquí se estudian, esto es en las mencionadas 4.4, 4.6 y 4.7, según las cuales los valores máximos antes indicados y cuyo reconocimiento solicita corresponden y/o deben corresponder a la respectiva **“tasación pericial”**, el Tribunal no encuentra que esta última y específica manifestación alusiva al medio de prueba pericial, pueda o deba entenderse, a la luz del principio de congruencia, como una limitación a las facultades o competencias del juzgador, como tampoco entiende que la suerte de dichas pretensiones hubiere quedado atada en la demanda, de manera

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

inescindible, a la valoración del correspondiente dictamen pericial que aportó dicha convocante.

El Tribunal apoya los anteriores asertos en la consideración, suficientemente clara y contundente, de que si tal referencia de las pretensiones de la demanda a la **“tasación pericial”**, se tuviese que tomar de manera literal y exegética como una limitación contenida en las pretensiones, tal como lo pretende la convocada, ello significaría entonces que contrariando las normas procesales vigentes –en particular aquellas del Código General del Proceso que exigen que toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regularmente allegadas al proceso (artículo 164); las que habilitan y validan los diversos medios de prueba, siendo el juramento estimatorio uno de ellos, como se dijo, autónomo (artículos 165 y 206); las que indican que las pruebas deben valorarse en su conjunto (artículo 176); y las que regulan cada medio de acreditación (artículos 183 a 277), así como las normas constitucionales y legales que consagran tanto el debido proceso como el derecho de acceso a la administración de justicia– en esta oportunidad el Tribunal no podía haber decretado, practicado y menos podría valorar pruebas distintas a la del correspondiente dictamen pericial.

Si bien es cierto que la parte demandante en sus pretensiones hizo expresa alusión únicamente a la **“tasación pericial”**, no es menos cierto que ese extremo de la litis carece de facultades para derogar y/o desconocer las normas procesales que regulan la materia probatoria, como para limitarle al juzgador en Derecho la posibilidad de valorar otros medios de prueba igualmente previstos, contemplados, regulados y autorizados expresamente por las normas procesales vigentes, como en este caso lo es el juramento estimatorio, a cuya eficacia y autonomía se refirió el Tribunal a espacio en párrafos anteriores, en tanto este no supere el valor máximo establecido en las aludidas pretensiones.

Como consecuencia de lo dicho, el Tribunal no encuentra de recibo la mencionada alegación de la convocada, puesto que no halla que en el presente caso la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial efectivamente hubieren quedado atadas, de manera única y exclusiva, a la suerte de la valoración del dictamen pericial aportado por la accionante, amén de que tampoco comparte la apreciación de que esa referencia hubiere limitado las facultades y competencias del Tribunal a formular condenas que única y exclusivamente estuvieren soportadas por una determinada **“tasación pericial”**.

8. La tacha de sospecha de la testigo Myriam Serna Álvarez

Durante el curso de la audiencia de pruebas, concretamente en la sesión realizada el día 4 de marzo de 2020, apoyado en las previsiones del artículo 211 del Código General del

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Proceso, el señor apoderado de la parte convocada tachó de sospechoso el testimonio de Myriam Serna Álvarez, cuya declaración fue decretada y consiguientemente practicada a solicitud de la convocante.

La tacha en cuestión se fundó en la circunstancia de que, a juicio de la convocada, existe un sentimiento de gratitud de la testigo hacia la accionante, comoquiera que ésta última fue superior jerárquica de aquella cuando ambas estuvieron laboralmente vinculadas al SENA y en su condición de directiva de la regional Bogotá, la señora Asmar Amador intervino y/o participó en la postulación de la señora Serna Álvarez para que pudiese ser designada en provisionalidad en el cargo de subdirectora del centro que en ese entonces se denominaba actividad física, centro de atención a Santa Fe de Bogotá, hoy actividad física ubicado en la localidad de Kennedy.

La tacha del testimonio de una persona que se encuentre en circunstancias que afecten su credibilidad e imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas –lo que el Código de Procedimiento Civil denominaba testigos sospechosos en su artículo 217– no impide su recepción y su apreciación; lo que impone es que una vez recibido deberá ser analizado con mayor severidad.

Al respecto la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-790 de 2006 señaló:

“En cuanto al artículo 217 del CPC, este lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, “... la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha”, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.

“No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, este deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia.

“En consecuencia, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material”.

En ese contexto, las razones que expuso el señor apoderado de la convocada para inferir que la relación laboral que existió y que se encuentra descrita en la foliatura, entre Myriam Serna Álvarez y la convocante María Patricia Asmar Amador, habría podido generar un sentimiento personal de gratitud de aquella hacia ésta, considera el Tribunal que no resultan suficientes para concluir que la declaración de la testigo hubiere sido opacada o empañada por intereses, por propósitos, por intenciones o por sentimientos diferentes a los de declarar con estricta sujeción a la verdad, como emerge de su propio dicho y de la valoración conjunta con las demás pruebas, naturalmente, a la luz de la sana crítica.

Como lo ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

“Viene bien recordar aquí entonces que la sospecha sola no es bastante para descalificar testimonios de esta laya, porque en los tiempos que corren “la sospecha no descalifica [ese tipo de testimonio] de antemano –pues ahora se escucha al sospechoso–, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después –acaso lo más prominente– halla respaldo en el conjunto probatorio” (Cas. Civ., sent. de sep. 19/2001, exp. 6624).⁵³

Ha de verse, **en primer lugar** que la relación laboral que en su momento vinculó a la convocante María Patricia Asmar Amador y a la declarante Myriam Serna Álvarez tuvo lugar en el año 2008, es decir doce años antes de que se recibiera el testimonio en cuestión.

En segundo lugar, porque en la actualidad y desde hace casi doce años la señora María Patricia Asmar Amador no mantiene vinculación laboral alguna con el SENA, al tiempo que la declarante tampoco mantiene un vínculo laboral con esa entidad estatal, sino que su relación, según su propia declaración, se funda actualmente en un contrato estatal de prestación de servicios.

En tercer lugar, porque en su momento la hoy accionante no hizo un nombramiento en favor de la declarante, sino que apenas la postuló para que pudiera ser designada subdirectora por la autoridad que tenía competencia para ello, como en efecto lo fue, a lo

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 9505 del 26 de octubre de 2004

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

cual se agrega que tal designación se realizó únicamente en la modalidad en provisionalidad y no en propiedad.

En apoyo de lo dicho y manteniendo la misma línea expuesta, conviene agregar que al valorar las declaraciones de los testigos que concurrieron al proceso por solicitud de la institución universitaria y que mantienen contrato laboral cierto con ella, el Tribunal de ninguna manera los ha considerado sospechosos por la sola circunstancia de que exista respecto de ellos ese vínculo de dependencia que además, por definición legal, supone una relación de subordinación de aquellos para con la propia parte convocada.

Para minar el valor probatorio de la declaración de un testigo no basta enunciar el motivo de sospecha, sino que es necesario demostrar que

“la propia versión testifical no permite concederle, por ningún motivo, credibilidad; en una palabra, demostrar, con la labor crítica inherente, que lo declarado por el testigo, antes que enervar la desconfianza con que se lo mira de comienzo, acabó confirmándolo. Porque, insístese, lo sospechoso no descarta lo veraz”.⁵⁴

Con base en lo expuesto y en ausencia de prueba que reste credibilidad a la testigo, el Tribunal ha de desestimar la anotada tacha de sospecha que se formuló en relación con la referida declarante Myriam Serna Álvarez, cuyo testimonio será apreciado y valorado en consecuencia, conjuntamente con las demás pruebas regularmente allegadas al proceso, tal como lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso.

9. Las excepciones propuestas por la entidad convocada en contra de la demanda inicial

Se procede, en consecuencia, a realizar el examen de las excepciones que la parte convocada propuso en su contestación a la demanda inicial sobre cuyas pretensiones ahora se resuelve, para cuyo efecto se seguirá el mismo orden en el cual ellas fueron formuladas.

9.1 Consideraciones del Tribunal acerca de la primera excepción – “NO ARBITRABILIDAD ACTUAL DE LA CONTROVERSIA”

Tal como ya quedó expuesto en la parte inicial de las consideraciones del Tribunal en el presente laudo, en cuanto la excepción titulada “NO ARBITRABILIDAD ACTUAL DE LA CONTROVERSIA” comporta e incluye un cuestionamiento de fondo acerca de la

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 180 de 19 de septiembre de 2001, Expediente 6624

competencia del juzgador transitoriamente habilitado por las normas vigentes y por las partes para conocer y decidir sobre las controversias sometidas a su conocimiento, esa materia –tal como se anunció y se advirtió en su momento– fue objeto de detallado análisis dentro del capítulo distinguido como “1.4. La competencia del Tribunal de Arbitramento”, el cual se adelantó con el propósito de determinar si se encontraba satisfecho, o no, ese indispensable presupuesto procesal.

Ese pormenorizado examen le permitió al Tribunal concluir que en el presente caso no se configura, en modo alguno, la excepción mencionada que formuló la convocante, razón por la cual y con apoyo en lo ya expuesto y desarrollado al respecto deberá denegarse dicho medio exceptivo.

9.2 Segunda excepción de mérito – “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS”

En este punto, al reafirmar su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda inicial, la convocada sostuvo que *“... no existen elementos que permitan señalar que las obligaciones a las que se refiere el convocante, en efecto, florecieron”*.

Así mismo, al aludir a las obligaciones que en virtud del Contrato tenía que ejecutar y cumplir la convocante, las agrupa en i) aquellas relacionadas con *“La gestión del convenio ante el SENA”*, y ii) las que corresponden a *“La atracción de estudiantes para ser matriculados en Uninpahu, así como su efectiva inscripción y matrícula”*, para pasar entonces a ocuparse de cada uno de tales grupos con apoyo en los siguientes razonamientos:

“1.- Sobre la gestión del convenio con el SENA

- *“... el **SENA** celebra estos convenios como parte de su giro ordinario de actividad, esto es, hace parte de sus labores el propiciar la firma de estos convenios. Por ende, cuando la señora **ASMAR** se “adjudica” esas gestiones, no está haciendo otra cosa que suplantar una gestión que, en la vida real, hace el **SENA** por sí mismo. (...).*
- *“... no existe en el expediente ni en ningún documento contractual una evidencia clara de las gestiones que de manera inequívoca haya adelantado la señora **ASMAR** y que hubieran desembocado en la firma de los convenios. (...)*
- *“... resulta cuando menos extraño que un particular ofrezca como servicio el mediar ante una entidad pública para la obtención de un contrato, que es lo que, en esencia, ofreció la señora **ASMAR** a **UNINPAHU** (...).”*

“2. Sobre la atracción y posterior matrícula de estudiantes

*“... no existe ni una sola prueba que permita determinar que la voluntad de los estudiantes provenientes del **SENA** haya sido influida o mediada u objeto de*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

*inclinación de cualquier forma por una gestión que hubiera llevado a cabo la señora **ASMAR**.*

*“... no existe medio de demostración que permita auscultar la mente del estudiantado como para determinar sin lugar a ninguna duda que una persona tomó la decisión de matricularse en una institución por el consejo inequívoco de otra. Si ese nivel demostrativo es casi inadmisibles en un proceso judicial, mucho menos será admisible en una relación contractual. Así la señora **ASMAR** basa su reclamo en un hecho que no puede acreditarse mediante los medios de prueba hasta ahora conocidos. (...)*

*“... al no existir un medio racional que permita evidenciar que la decisión del estudiantado de **UNINPAHU** que proviene del **SENA** haya sido mediada por las gestiones de la señora **ASMAR**, mal podría ella reclamar que se le pague dinero alguno a cuenta de tal cuestión, por lo que (...) ante la imposibilidad de demostrar el hecho del que provendría la prestación, ella no pudo nacer a la vida jurídica.*

*“... quien llevó a cabo las gestiones de publicidad y de atracción de estudiantes fue el personal de **UNINPAHU**. (...)”.*

En la presentación de sus alegatos de conclusión, la convocada insistió en los planteamientos que se dejan resumidos, a propósito de los cuales en su respectivo escrito puntualizó que

*“... las obligaciones que la convocante estima como incumplidas no podían juzgarse como no honradas por **UNINPAHU**, pues no pudieron bien comprobarse o bien estructurarse como tales para ser reconocidas.*

*“... la excepción pone sobre el tapete dos asuntos que (como veremos) se demostraron de sobra en el proceso: de una parte, que la gestión de firma del convenio con el **SENA** no demandaba ni la parafernalia ni la enjundia ni el trabajo que la convocante señala; de la otra, que no existía manera de demostrar que la inscripción de estudiantes egresados del **SENA** en **UNINPAHU** y el hecho de que se mantuvieron matriculados a lo largo de varios semestres fuera una circunstancia atribuible a la convocante”.*

La argumentación que la convocada expuso como fundamento de su excepción segunda refleja, a las claras, que la misma se encamina a cuestionar tanto la existencia y configuración de las obligaciones asumidas contractualmente por la demandante, como la prueba de dichas obligaciones, asunto que a su turno constituye la base misma de las pretensiones a cuya prosperidad se opone la excepcionante.

Así pues, al efectuar el examen relacionado con la existencia, el alcance y la prueba de las obligaciones contractuales que la parte demandante invoca como ejecutadas por ella pero incumplidas por la convocada, se impone concluir que todo cuanto corresponde a la referida excepción segunda debe atenerse a las conclusiones que sobre las materias mencionadas ya fueron estudiadas y expuestas en el capítulo correspondiente del

presente laudo, de lo cual se desprende que no hay lugar, en el presente proceso, a estimar y/o a declarar la prosperidad de esta excepción y por ello la misma será denegada.

9.3 Tercera excepción de mérito – “EJERCICIO DE LOS DEBERES PROPIOS DE UN ADMINISTRADOR DILIGENTE”

El desarrollo de este medio exceptivo propuesto por la convocada en su contestación a la demanda inicial encuentra explícita reafirmación en el escrito que recoge sus correspondientes alegatos finales.

Al respecto la demandada sostuvo que además de profesar respeto por sus propios actos y por los derechos adquiridos, también está en el deber de cumplir *“las normas mínimas de lealtad que le son exigibles a cualquier administrador”*, a lo cual añadió que la teoría del “acto propio” parte del supuesto de que el mismo “no puede ser lesivo ni ilegal ni ilegítimo”.

Agregó que *“Sin desconocer que UNINPAHU no es una sociedad mercantil (y no puede serlo, por el preciso objeto que ejerce), es pertinente tener en cuenta que el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 señala lo siguiente:*

*“Son administradores, **el representante legal**, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.* (Destaca la convocada).

En ese sentido añadió que teniendo en consideración el *“rol que el legislador le ha venido adscribiendo a los administradores de las personas jurídicas, por lo que no estimamos descabellado tener como punto de referencia (e incluso como elemento de interpretación con fundamento en la herramienta de la analogía) la disposición acabada de citar. Partiendo de ello, al ser el representante legal un administrador, a él le son exigibles unos deberes (...)”*, y pasó a transcribir el listado de aquellos que les asigna el artículo 23 de la citada Ley 222, dictada en el año de 1995.

En idéntica dirección invocó las funciones que los estatutos de la convocada le asignan a su Rector y para ello transcribió el siguiente aparte:

“Artículo 46 “Son funciones del Rector:

(...)”

“Suscribir los contratos, actos jurídicos y administrativos, y convenios hasta por un monto de 700 salarios mínimos legales mensuales vigentes y expedir los actos administrativos académicos que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos institucionales, ateniéndose en todo caso a las disposiciones legales y estatutarias vigentes”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Alegó que "... la parte convocante pretende que el administrador de UNINPAHU, a cuenta de una pretendida interpretación de la teoría de los actos propios, mantenga una relación jurídica contractual que, como se ha visto, está edificada en una obligación de imposible acreditación o de demostración, y que, además, tiene raíz en una causa ilícita".

Sostuvo que habría sido "... desleal con su rol de administrador (...) que el representante legal de UNINPAHU, ante la evidencia de la imposibilidad de tener por acreditados los hechos que dan lugar a la obligación hubiera mantenido el contrato. Lo que le dictaba la lealtad era la necesidad de terminar el contrato, y es por ello que las actitudes de las que ahora se duele la convocante no son otra cosa que el ejercicio leal de la administración. (... ..) Por ende, mal podría achacársele responsabilidad a Uninpahu por una actuación que su representante legal ejecutó en ejercicio de su deber de administración leal (...) la actuación del representante legal propendió por proteger los intereses de la entidad que representaba, y este deber no podía verse menguado a cuenta de mantener un status quo que era lesivo para la institución. El respeto del acto propio demanda que ese acto sea lícito o no cause daño, lo que, como se ha visto ya, no ocurrió en este caso".

Para el Tribunal resulta claro que en este caso la denominada tercera excepción se endereza a exponer razones de defensa que buscan justificar la determinación que adoptó la convocada al dar por terminado el Contrato celebrado con la convocante, cuestión que en buena medida apoya en la circunstancia –ya alegada en la ‘segunda excepción’ y nuevamente expuesta en esta ‘tercera excepción’–, de que la relación contractual, al decir de la demandada *"... está edificada en una obligación de imposible acreditación o de demostración"*.

Acerca de esta excepción cabe poner de presente que el Tribunal ya expresó que el alcance del encargo del representante legal de la entidad contratante, sus facultades o atribuciones y el análisis de necesidad, conveniencia, bondad o rentabilidad que él haya hecho respecto del Contrato, su celebración y ejecución, que le haya servido de apoyo a la decisión de darlo por terminado y la forma en que lo hizo, no libera a la entidad que representa de la responsabilidad civil que se deriva de los perjuicios causados a la contratista por dicho acto, que a juicio del Tribunal es ilegal o abusivo.

Se reafirma que el estudio y definición sobre la responsabilidad del administrador no es cuestión de este Tribunal; pronunciarse sobre ella desbordaría su competencia, con independencia del régimen que aplique. Sobre este último aspecto el Tribunal reitera que las normas aplicables a los administradores de las sociedades mercantiles no lo son ni aún por analogía a los administradores de las entidades sin ánimo de lucro. Por todo lo anterior esta excepción será denegada.

9.4 Cuarta excepción de mérito – “NULIDAD DEL CONTRATO POR CAUSA ILÍCITA Y POR OBJETO ILÍCITO”

Tal como ya se dejó indicado en párrafos anteriores del presente laudo, la parte convocada propuso la mencionada excepción de *“NULIDAD DEL CONTRATO POR CAUSA ILÍCITA Y POR OBJETO ILÍCITO”*, cuyos propósito y fundamento resultan totalmente coincidentes con la PRIMERA PRETENSIÓN DECLARATIVA PRINCIPAL⁵⁵ que igualmente formuló a través de su demanda de reconvención.

Según se dejó explicado en otros apartes de este laudo, en cuanto el estudio de los elementos de la responsabilidad contractual exige como presupuesto indispensable que previamente se haya verificado la validez del contrato correspondiente, el Tribunal se ocupó de examinar en el presente laudo, a la altura del acápite **“2.3. Validez del Contrato de Prestación de Servicios de Consultoría”**, el cual forma parte del estudio **“2. Supuestos de la responsabilidad contractual”**, los cuestionamientos que formuló la parte convocada acerca del Contrato y que le sirvieron de base para solicitar –por vía exceptiva y por vía de acción– que se declare su nulidad por la ilicitud de su objeto y de su causa.

Tal como fue desarrollado y expuesto por el Tribunal al efectuar el pormenorizado estudio de este tema, en el presente caso no se encontraron fundamentos que permitieran invalidar el Contrato celebrado entre las partes, razón por la cual y según ya fue anunciado, con apoyo en tales razonamientos deberá denegarse la excepción que aquí se ha destacado, así como deberá denegarse también la PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL DECLARATIVA de la demanda de reconvención.

9.5 Quinta excepción de mérito – “TERMINACIÓN LEGÍTIMA DEL CONTRATO”

En este acápite de la contestación a la demanda inicial, la convocada alegó que *“... sí actuó de manera legítima al dar por terminado el contrato”*, aserto que apoyó en la consideración de que *“... el contrato se incumplió, lo que la habilitaba para darlo por terminado in limine”*.

A ello añadió, con expresa referencia a la cláusula 7 del Contrato *“... que el propio contrato permitía la terminación unilateral sin más consecuencias que el pago de una*

⁵⁵ El siguiente es el texto de la aludida pretensión primera principal declarativa de la demanda de reconvención:

“PRIMERA PRETENSIÓN DECLARATIVA.- Que se **DECLARE** que el contrato denominado “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE CONSULTORÍA ENTRE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO – UNINPAHU – Y PATRICIA ASMAR AMADOR” está viciado de **NULIDAD ABSOLUTA** por **CAUSA ILÍCITA Y POR OBJETO ILÍCITO**”.

*suma de dinero”, razonamiento que concluyó señalando que “Si se revisa la relación contractual entre las partes, es claro que **UNINPAHU** ya le ha pagado mucho más que esa suma a la señora **ASMAR**, por lo que nada le impedía dar por terminado el contrato, lo que refuerza la legitimidad de su actuación”.*

Esa argumentación fue reiterada por la convocada a través de sus alegaciones finales.

En cuanto esta excepción ya la examinó con detalle el Tribunal al ocuparse de revisar los elementos que se alegaron en la demanda inicial acerca de la responsabilidad contractual a cargo de la demandada, y puesto que ya se explicaron en forma amplia dentro del presente laudo las razones y los fundamentos que llevaron a este juzgador arbitral a estimar próspera la pretensión de la demanda encaminada a que se declare que en el presente caso la parte demandada terminó unilateralmente el Contrato de forma ilegal, obligadamente y con apoyo en esos mismos razonamientos y soportes deberá denegarse la excepción que aquí se menciona.

9.6 Sexta excepción de mérito – “EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA”

Con apoyo en los dictados del artículo 282⁵⁶ del Código General del Proceso, en su contestación a la demanda inicial la parte convocada solicitó al Tribunal que declare probadas las excepciones que estén acreditadas en el proceso, en cuanto *“encuentre que están probados los hechos constitutivos de cualquier otro medio de defensa de mérito”,* pero no aportó elementos concretos y no hizo referencia a situaciones fácticas específicas que pudieran configurar alguna excepción perentoria.

En esa misma línea, de manera genérica en sus alegatos de conclusión, la convocada reiteró su petición para que se *“declarara de oficio cualquier excepción perentoria que se hallara probada”,* pero tampoco aportó elementos concretos que esa parte hubiere identificado o encontrado durante el proceso como constitutivos de alguna excepción diferente a las que propuso de manera expresa en su contestación a la demanda inicial.

⁵⁶ **“ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES.** En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

“Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

“Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

“Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción”.

Al respecto el Tribunal pone de presente que después de efectuar un análisis detallado y concienzudo acerca de la totalidad del proceso, así como de las diversas piezas que se han integrado al expediente, y después de examinar tanto las probanzas aportadas y recaudadas, como los diversos aspectos que se han expuesto y desarrollado a lo largo de las actuaciones que se han desplegado y cumplido en derredor de y con ocasión de la Litis sometida a su conocimiento, no encuentra la acreditación de hechos que pudieren configurar un medio exceptivo a cuya declaratoria debiera proceder en forma oficiosa, razón por la cual la excepción mencionada deberá ser denegada.

10. Consideraciones del Tribunal respecto de la demanda de reconvención

Los presupuestos procesales de este libelo están cumplidos, puesto que, amén de lo señalado anteriormente, dicha demanda no admite reparo formal.

10.1 Las pretensiones de la demanda de reconvención

Atendidas las pretensiones de la demanda de mutua petición, así como los hechos en que las mismas se apoyan, vale decir, de un lado la *“PRIMERA PRINCIPAL DECLARATIVA”* encaminada a que se declare la nulidad absoluta del Contrato por causa ilícita y por objeto ilícito y su pretensión consecuencial –aunque denominada en dicho libelo demandatorio como *“SEGUNDA PRINCIPAL DECLARATIVA”*– mediante la cual se persigue la obtención de las consiguientes restituciones indicadas por el artículo 1746 del Código Civil y, de otro lado la pretensión que se formula como *“PRIMERA SUBSIDIARIA DECLARATIVA”* dirigida a que se declare que ese negocio jurídico fue incumplido por la reconvenida, con su pretensión consecuencial denominada *“SEGUNDA SUBSIDIARIA DECLARATIVA”*, a través de la cual busca el resarcimiento por los perjuicios que le habrían sido causados por el incumplimiento del Contrato, de inmediato encuentra el Tribunal que, por las mismas razones a espacio estudiadas a lo largo del presente laudo, tanto al examinar las pretensiones de la demanda primigenia, como al efectuar el análisis de las excepciones perentorias propuestas por la propia convocada, se impone ahora denegar las súplicas aludidas.

Con otras palabras, aquellas consideraciones atinentes a la validez del Contrato respecto de su objeto y de su causa, según ya se expuso en detalle, elementos que no se encontraron afectados de ilicitud, así como las razones concernientes con el cumplimiento de las respectivas obligaciones a cargo de la convocante, señora María Patricia Asmar Amador, al igual que las argumentaciones tocantes con la terminación indebida por parte del establecimiento universitario, vienen a servir de sustento suficiente para desestimar los pedimentos invocados por la reconviniente.

Por tanto, en este punto a las referidas motivaciones, amplia y detalladamente expuestas mediante el presente laudo, se remite el Tribunal.

10.2 Las excepciones propuestas por la convocante en contra de la demanda de reconvención

Ahora, por cuanto únicamente hay lugar a decidir las excepciones de mérito cuando, como lo expresa el artículo 280, inciso 2°, del Código General del Proceso, “*sea procedente resolver sobre ellas*”, lo que equivale a decir que de esta manera debe procederse sólo si prosperan, total o parcialmente, las pretensiones formuladas, deviene palmario que al haberse negado éstas en su integridad, consecuentemente no hay lugar a estudio ni a pronunciamiento respecto de las excepciones propuestas en este asunto por la parte demandada en reconvención.

Así lo ha puesto de presente la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que el análisis y la resolución de una excepción sólo es procedente y cobra sentido cuando existe el derecho que reclama el demandante, por manera que carece de significado y de viabilidad toda excepción que se proponga acerca de un derecho que no existe y/o que no ha de ser reconocido, tal como ocurre con aquellos que no se reclaman.

Los siguientes son los términos en los cuales la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SC – 4574 – 2015, 21 ab. rad. 2007-00600-02 reiteró lo que al respecto ya había consignado esa misma Corporación en su fallo de junio de 2001 SC – 11 jun. 2001, rad. 6343:

“(...) La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...)

“Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...)

“De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830).

11. Valoración del juramento estimatorio de la parte convocada en la demanda de reconvención

Desestimadas como serán las pretensiones de la parte convocada en la demanda de reconvención por las razones señaladas, lógicamente se desecha el juramento estimatorio por ella formulado y en consecuencia procede el Tribunal a pronunciarse en relación con las sanciones establecidas en el artículo 206 del Código General del Proceso.

La convocante en reconvención estimó bajo juramento sus pretensiones en la suma de trescientos noventa y tres millones cuatrocientos noventa y un mil ochocientos ochenta y ocho pesos m/cte. (\$393'491.888,00).

Prevé el artículo 206 del Código General del Proceso sobre la materia lo siguiente:

“(…) Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

“El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

“PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

El Tribunal estima de la mayor importancia destacar que la sanción pecuniaria que puede y/o debe imponerse a quien hace un juramento estimatorio desmedido, solo tiene lugar si concurren los requisitos que le son propios a la responsabilidad subjetiva, fincada en la culpa probada y no en la responsabilidad objetiva. Así lo señaló la Corte Constitucional,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

en la sentencia C-279 de 2013, en la cual indicó que *“Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano”, lo cual implica, como es elemental, el análisis de la conducta desplegada por la parte demandante y no simplemente la imposición objetiva y automática de la sanción.*

En la sentencia C-157 de 2013, a través de la cual la H. Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 del Código General del proceso, puntualizó que *“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”*

No siendo el caso, porque la improsperidad de las pretensiones no devino por falta de pruebas de los perjuicios reclamados, sino por la carencia de fundamento sustancial y, no observando el Tribunal a la luz de lo dispuesto en el artículo 79 del Código General del Proceso una conducta temeraria en las pretensiones –como tampoco en la defensa–, no se dará aplicación a ninguna de las sanciones consagradas en la ley con ocasión del juramento estimatorio formulado en la demanda de reconvención.

Por obvias razones, a la demandante inicial no cabe imponer ninguna sanción.

12. Indexación

Teniendo en cuenta el análisis realizado por el Tribunal respecto de las pretensiones de la demanda inicial, se estimará la pretensión 4.9 de corrección monetaria. Por lo tanto, se ordenará el pago indexado de la suma de \$98'862.729,00, a la fecha del laudo.

Como es conocido, la corrección monetaria –o indexación– es una medida razonable, ajustada a ley, para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación, con ocasión de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, con lo cual únicamente se busca mantener el valor real al momento de la condena, que es el equivalente al perjuicio recibido.

En esa medida, debe atenderse la corrección solicitada en las pretensiones de la demanda inicial, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia,

“para entronizar la corrección pecuniaria como una forma de justicia en las obligaciones que lo admiten, que cumplir estas sin ese mecanismo, impondría al acreedor la recepción de un dinero envilecido por la merma de su valor real o poder de compra, pues para que reine la equidad en el verdadero valor de esas cargas o restauraciones pecuniarias, es menester que la traída a valor

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

presente de ellas cobije todo el tiempo en que estuvieron sujetas a la depreciación por causa de la inflación.⁵⁷

De conformidad con lo indicado previamente y la pretensión 4.9 de la demanda inicial, la indexación se calculará desde la reconvención judicial a la parte convocada, esto, desde el 5 de febrero de 2019, fecha de notificación del auto admisorio de la demanda inicial, tomando los índices de empalme, que son mensuales.

Por consiguiente se actualizará la suma de \$98'862.729,00 partir del mes de febrero de 2019, y hasta la fecha de este laudo, para cuyo efecto se tomará el índice del mes de agosto de 2020 por ser el último disponible.

Para obtener la suma actualiza, se toma la cifra de \$98'862.729,00, y se multiplica por el índice de la serie de empalme a agosto de 2020, esto es por 104,96, y se divide por el índice existente en febrero de 2019, es decir por 101,18. Hechas las operaciones, la suma de \$98'862.729,00 actualizada corresponde a la cantidad de \$102'556.158,00. Este será el valor por el cual se impondrá la condena.

13. Costas

Para efectos de costas, el Tribunal aplicará lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual prevé en su numeral 1º que se *“condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”*, y en su numeral 5º que *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

Respecto de la liquidación de las costas, el Tribunal dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso y en especial a lo dispuesto en su numeral 3, que dispone:

“3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

“Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. SC10291-2017. Radicación n.º 73001-31-03-001-2008-00374-01. 18 de julio de 2017

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará”.

En esa medida, respecto de los honorarios de los peritos contratados directamente por la parte convocante, si bien, el artículo 361 del Código General del Proceso, se refiere a la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y su determinación obedece a un criterio objetivo, el artículo 366 del Código General del Proceso condiciona y limita la inclusión de las expensas a su comprobación, utilidad, como su autorización por la ley.

Estos límites y condiciones igualmente han sido señalados y reconocidos por la jurisprudencia de las más Altas Corporaciones de administración de justicia en el país. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado: *“La utilidad del gasto debe ser entendida como una utilidad razonable y proporcionada, tomando en consideración tanto la naturaleza del proceso como la finalidad de la actuación desplegada, a fin de atender los principios de la justicia material y equidad. Así, aún cuando el juez tiene cierto margen de discrecionalidad, de ninguna manera puede considerarse que esa facultad supone arbitrariedad, pues, su decisión deberá sujetarse a las exigencias de (i) comprobación, (ii) utilidad, (iii) legalidad y (iv) razonabilidad y proporcionalidad del gasto, con lo cual se garantiza el mandato constitucional que impone a los jueces, en sus decisiones, estar sometidos al imperio de la ley”.*⁵⁸

En posterior pronunciamiento, dicha Corporación reiteró estos criterios, así: *“5.1.8 La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 . Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*⁵⁹

De conformidad las consideraciones previas sobre los dictámenes de parte allegados al presente proceso por la parte convocante, y dado que solamente el dictamen rendido por Adalid Corp S.A.S. cumple con total satisfacción estos límites y condicionantes indicados, el Tribunal Arbitral solo incluirá en la liquidación de expensas los honorarios del dictamen

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2002

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-157/13

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

Vs.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

rendido por Adalid Corp S.A.S., en relación con el cual obra en el expediente del proceso⁶⁰ la factura de venta No. 3326 por la suma total de \$8'478.750,00. Respecto de este dictámen de parte, el Tribunal debe advertir que dichos honorarios se encuentran por tanto comprobados y se consideran razonables en virtud del objeto del mismo.

Adicionalmente, integran y se tiene en cuenta para el concepto de costas, los honorarios y gastos del presente proceso arbitral que corresponden a cada parte, es decir, la suma de \$20'900.946,00, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal mediante el auto No. 10 de 25 de noviembre de 2019. El Tribunal deja señalado que si bien la parte convocante pagó el cien por ciento (100%) de los honorarios y gastos, solo se incluye la suma de honorarios y gastos que corresponde a una parte, con ocasión del reembolso al que tiene derecho la parte convocante del cincuenta por ciento (50%), como se determinará posteriormente.

Para efectos de las agencias en derecho, teniendo en cuenta la cuantía y las circunstancias del presente proceso, como la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte convocante, el Tribunal considera la fijación de las mismas en la suma de \$7'375.021,50, correspondientes al setenta por ciento (70%) de los honorarios fijados para cada Árbitro mediante el auto No. 10 de 25 de noviembre de 2019, por la suma de \$10'535.745,00. No aplicará el Tribunal las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura por cuanto al tenor de lo dispuesto en el artículo primero del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, las mismas no tienen como destino los procesos que cursan en sede arbitral.

Tal como se indicó, sobre la pretensión de condena en costas y gastos del proceso (4.10), es procedente una condena parcial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso. Por lo tanto, teniendo en cuenta la cuantía y las circunstancias del presente proceso, el reconocimiento parcial de las pretensiones como la negación de las excepciones formuladas contra las pretensiones de la demanda inicial como de las pretensiones de la demanda de reconvencción, el Tribunal considera que le corresponderá a la parte convocada asumir el setenta por ciento (70%) de las expensas en que incurrió la convocante.

En consecuencia, el total de las costas que deberán ser pagadas por la parte convocada a la parte convocante, ascienden a la suma de \$27'940.808,70, que corresponde a los siguientes rubros:

- a. \$20'565.787,20 por concepto de expensas, así:

⁶⁰ Folios No. 227 y 228 del cuaderno de pruebas No. 3

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

-
- i. \$14'630.662,20 que equivale al 70% del valor de \$20'900.946,00 de los honorarios 565787.20y gastos del presente proceso correspondiente a cada parte; y
 - ii. \$5'935.125,00 que equivale al 70% del valor de \$8'478.750 de los honorarios de Adalid Corp S.A.S.
- b. \$7'375.021,50 por concepto de agencias en derecho.

Por otro lado, de acuerdo con lo informado oportunamente por el Tribunal, la parte convocante pagó los honorarios y gastos del proceso a su cargo, así como los que le correspondían a la parte convocada, correspondientes a la suma de \$20'900.946,15. Lo anterior, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012. El apoderado de la convocante solicitó al Tribunal la expedición de la certificación del pago de los gastos y honorarios del Tribunal que realizó la convocante por la convocada, con base en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012; y el Tribunal expidió la respectiva certificación.

De conformidad con el inciso tercero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 "*De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas*". No obra prueba en el expediente de que exista en curso ejecución por parte de la convocante contra la convocada por concepto de los gastos y honorarios del proceso, por lo que la convocada debe reembolsar a la convocante las expensas a su cargo, es decir, la suma de \$20'900.946,15 más los intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar, esto es, desde el nueve (9) de noviembre de 2019 y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **María Patricia Asmar Amador** y **Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu–**, con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por las partes,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

RESUELVE

Primero: Denegar, por las razones expuestas en la parte motiva, las excepciones formuladas por la parte convocada en contra de la demanda inicial.

Segundo: Abstenerse de resolver, por las razones expuestas en la parte motiva, las excepciones formuladas por la parte convocante en contra de la demanda de reconvencción.

Tercero: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva y con arreglo a la pretensión 4.1 de la demanda inicial, que entre María Patricia Asmar Amador y la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano -Uninpahu- existió un contrato de prestación de servicios profesionales de consultoría, celebrado el 1º de junio de 2014 y el otrosí suscrito el 5 de octubre de 2015.

Cuarto: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva y en concordancia con la pretensión 4.2 de la demanda inicial, que la convocante María Patricia Asmar Amador cumplió el contrato de prestación de servicios profesionales de consultoría.

Quinto: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva y en concordancia con la pretensión 4.3 de la demanda inicial, que la convocada Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu– dio por terminado unilateralmente y de forma ilegal el contrato de prestación de servicios profesionales de consultaría celebrado con la convocante María Patricia Asmar Amador.

Sexto: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva y en concordancia con la pretensión 4.5 de la demanda inicial, que la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu– está en la obligación de responder por los daños causados a la convocante María Patricia Asmar Amador por la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios profesionales de consultoría.

Séptimo: Condenar a la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu– a pagar a la señora María Patricia Asmar Amador la suma de ciento dos millones quinientos cincuenta y seis mil ciento cincuenta y ocho pesos m/cte. (\$102'556.158,00) a título de indemnización integral por perjuicios materiales, cantidad que corresponde al valor del juramento estimatorio de la demandante, actualizada, a la fecha de este laudo, en la forma que se indica en la parte motiva. En tal sentido prosperan las pretensiones 4.7 y 4.9 de la demanda inicial.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.**

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Octavo: Condenar a la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu– a pagar a la señora María Patricia Asmar Amador, por concepto de los honorarios y gastos del presente proceso arbitral que le correspondían, la suma de veinte millones novecientos mil novecientos cuarenta y seis pesos con 15/100 m/cte. (\$20'900.946,15), más el valor de los intereses moratorios causados hasta el momento del pago, en los términos del artículo 27 de la Ley 1563 del 2012.

Noveno: Condenar a la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu– a pagar a la señora María Patricia Asmar Amador, por concepto de costas, la suma de veintisiete millones novecientos cuarenta mil ochocientos ocho pesos con 70/100 m/cte. (\$27'940.808,70).

Decimo: Sin perjuicio de lo resuelto en el numeral octavo de la presente providencia, las demás condenas económicas impuestas en este laudo arbitral a la convocada Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu– deberán ser pagadas por ésta dentro de los cinco (5) días siguientes al de su ejecutoria, con posterioridad a los cuales la convocada deberá reconocer a la convocante intereses a la máxima tasa de mora autorizada en la ley hasta la fecha en que las condenas respectivas sean efectivamente satisfechas.

Undécimo: Denegar por falta de mérito las pretensiones 4.4, 4.6 y 4.8 de la demanda inicial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

Duodécimo: Denegar, por las razones expuestas en la parte motiva, las pretensiones de la Fundación Universitaria para el Desarrollo Humano –Uninpahu– contenidas en la demanda de reconvención.

Decimotercero: Declarar no probada la tacha de sospecha formulada en contra de la testigo Myriam Serna Álvarez, quien depuso en el proceso a solicitud de la convocante, de conformidad con lo expuesto sobre el particular en la parte motiva de este laudo.

Decimocuarto: Declarar que no hay lugar a la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 206, inciso 4º y su parágrafo, del Código General del Proceso a ninguna de las partes

Decimoquinto: Declarar causado el veinticinco por ciento (25%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR**

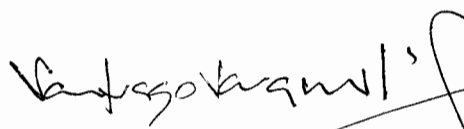
Vs.

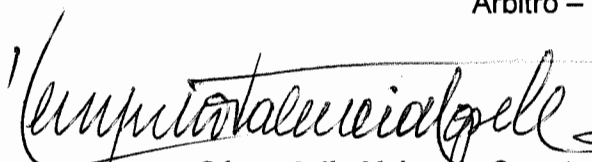
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–

Decimosexto: Disponer que en la oportunidad prevista en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, se proceda por el árbitro Presidente del Tribunal a efectuar la liquidación final de gastos y, llegado el caso, devuelva el saldo a las partes, por mitades, junto con la correspondiente cuenta razonada.

Decimoséptimo: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en audiencia.


Santiago Jaramillo Villamizar
Árbitro – Presidente


César Julio Valencia Gopete
Árbitro


Mauricio Fajardo Gómez
Árbitro


Daniel Villarroel Barrera
Secretario

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

I. ANTECEDENTES	2
1. El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de Consultoría... 2	
2. El pacto arbitral	3
3. Partes procesales..... 3	
3.1 Parte convocante	3
3.2 Parte convocada.....	4
4. Trámite del Proceso..... 4	
4.1 La demanda inicial.....	4
4.2 Nombramiento del árbitro único	4
4.3 Instalación del Tribunal Arbitral y notificación de la demanda inicial.....	4
4.4 Contestación a la demanda inicial y demanda de reconvención	6
4.5 Tribunal Arbitral como uno de mayor cuantía	6
4.6 Reintegración del Tribunal Arbitral	7
4.7 Admisión de la demanda de reconvención y su contestación	7
4.8 Audiencia de fijación de honorarios.....	8
4.9 Primera audiencia de trámite.....	8
5. Las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje	9
5.1 Las pretensiones de la demanda inicial y los hechos en que se fundamentan	9
5.1.1 Pretensiones de la demanda inicial.....	9
5.1.2 Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda inicial.....	10
5.2 La contestación y oposición a la demanda inicial.....	13
5.3 Las pretensiones de la demanda de reconvención y los hechos en que se fundamentan	17
5.3.1 Pretensiones de la demanda de reconvención	17
5.3.2 Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda de reconvención.....	19
5.3.3 La contestación y oposición a la demanda de reconvención	20
5.4 Pruebas del proceso	22
5.4.1 Pruebas documentales.....	22
5.4.2 Interrogatorios y declaraciones de parte	22
5.4.3 Testimonios.....	22
5.4.4 Dictámenes periciales	23
6. Alegatos de conclusión.....	24
7. Término de duración del proceso.....	24
8. Controles de legalidad.....	25
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	25
1. Cumplimiento de los presupuestos procesales	26
1.1 Capacidad para ser parte	26
1.2 Capacidad para comparecer al proceso	26
1.3 La demanda en forma	27
1.4 La competencia del Tribunal de Arbitramento	27
2. Existencia y validez del Contrato como supuestos de la responsabilidad contractual	39
2.1 De la existencia del Contrato de Prestación de Servicios de Consultoría	41
2.2 De la validez del Contrato de Prestación de Servicios de Consultoría	41
2.2.1 Denominación y naturaleza del Contrato	42
2.2.2 De la tipicidad de los contratos de prestación de servicios profesionales y de consultoría en la contratación estatal.....	43
2.2.3 De la atipicidad de los contratos de prestación de servicios profesionales y de consultoría en el régimen civil	45
2.3 Del objeto del Contrato.....	47
2.4 De la causa del Contrato	57
2.5 Efectos.....	60

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR
Vs.
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO –UNINPAHU–**

3. De la ejecución del Contrato.....	60
3.1 Gestión del Convenio SENA – Uninpahu	61
3.2 Ampliación de cobertura de Uninpahu	62
3.3 Valoración de las pruebas de su cumplimiento	65
3.4 La obligación de acreditar que los estudiantes del SENA provinieran de manera inequívoca de la gestión realizada por la contratista.....	69
3.5 El pago de las comisiones correspondientes al segundo semestre 2017.....	72
4. La terminación unilateral del Contrato.....	75
4.1 El acto de terminación.....	75
4.2 El ejercicio de los deberes propios de un administrador diligente	86
4.3 La teoría de los actos propios.....	88
5. La prueba pericial.....	90
6. Valoración del juramento estimatorio	93
6.1 Valor probatorio del juramento estimatorio.....	93
6.2 La objeción del juramento estimatorio	94
7. La observancia del principio de congruencia en el presente caso.....	100
8. La tacha de sospecha de la testigo Myriam Serna Álvarez.....	105
9. Las excepciones propuestas por la entidad convocada en contra de la demanda inicial.....	108
9.1 Consideraciones del Tribunal acerca de la primera excepción – “NO ARBITRABILIDAD ACTUAL DE LA CONTROVERSIA”	108
9.2 Segunda excepción de mérito – “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS”	109
9.3 Tercera excepción de mérito – “EJERCICIO DE LOS DEBERES PROPIOS DE UN ADMINISTRADOR DILIGENTE”	111
9.4 Cuarta excepción de mérito – “NULIDAD DEL CONTRATO POR CAUSA ILÍCITA Y POR OBJETO ILÍCITO”	113
9.5 Quinta excepción de mérito – “TERMINACIÓN LEGÍTIMA DEL CONTRATO”	113
9.6 Sexta excepción de mérito – “EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA”	114
10. Consideraciones del Tribunal respecto de la demanda de reconvencción.....	115
10.1 Las pretensiones de la demanda de reconvencción	115
10.2 Las excepciones propuestas por la convocante en contra de la demanda de reconvencción	116
11. Valoración del juramento estimatorio de la parte convocada en la demanda de reconvencción	117
12. Indexación	118
13. Costas	119
III. PARTE RESOLUTIVA.....	122